

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 58/95 PEDIDO DE REAPRECIÇÃO

REQUERENTES: COMPANHIA E CERVEJARIA BRAHMA - CCB,
MILLER BREWING COMPANY - MBC E
MILLER BREWING M1855, INC.

CONSELHEIRO-RELATOR: RENAULT DE FREITAS CASTRO¹

***RELATÓRIO DO CONSELHEIRO-RELATOR RENAULT DE FREITAS
CASTRO*****I - INTRODUÇÃO**

1. Trata-se do Pedido de Reapreciação que a Companhia Cervejaria Brahma, a Miller Brewing Company e a Miller Brewing M1855, Inc. submetem à apreciação do CADE, visando à reforma da decisão proferida por este Colegiado em 11 de junho de 1997 sobre a constituição e operação da joint venture denominada MILLER BREWING DO BRASIL LTDA. - MILLER.

2. Constituída em 28.09.95, a nova empresa tem por objeto social a fabricação, importação e exportação de produtos comestíveis e bebidas em geral; a exploração de suas próprias marcas ou de marcas licenciadas, por seu intermédio ou de terceiros; a prestação de serviços de assistência técnica a produtores de cerveja; a execução das atividades complementares ao objeto social; a representação de empresas estrangeiras e brasileiras, e, ainda, a participação em outras sociedades.

3. Os instrumentos contratuais que possibilitaram a criação e a operação da joint venture são:

- a) Associação Internacional;
- b) Acordo de Associação de Empresas;
- c) Acordo de Produção Licenciada;
- d) Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização;
- e) Acordo de Transferência de Tecnologia e
- f) Acordo de Produção.

¹ Com a colaboração do Assessor VALDOMIRO JOSÉ DE ALMEIDA.

4. Os cinco Acordos de caráter específico (de Associação de Empresas; de Produção Licenciada; de Importação, Distribuição e Comercialização; de Transferência de Tecnologia e de Produção) foram firmados em 28 de setembro de 1995 e tem vigência até 31 de dezembro de 2010, ou até a data de rescisão do Acordo de Associação de Empresas, sendo a vigência deste condicionada ao cumprimento de certas metas de desempenho.

5. O acordo de cooperação denominado “Associação Internacional” (Acordo para Formar uma Associação Internacional), diferentemente dos demais, tem vigência enquanto os Acordos específicos acima referidos permanecerem válidos e não tiverem sido rescindidos. Ressalte-se que o “Acordo para formar uma associação internacional” é o que consubstancia a decisão estratégica das Empresas de cooperarem entre si por intermédio de uma joint venture, sendo, portanto, o instrumento principal (acordo “guarda-chuva”) desta operação.

6. Apesar dos prazos acima mencionados, é importante registrar que o período de vigência dos instrumentos formais não traduz necessariamente a perspectiva de duração da aliança do ponto de vista estratégico, como demonstra a seguinte declaração das Requerentes, em resposta à pergunta sobre a perspectiva de duração da joint venture, por ocasião de audiência realizada no CADE: “[r]ealmente, o prazo é quase indefinido nesse momento. Obviamente as duas companhias se permitem suas devidas cláusulas de escape, mas hoje o prazo e a motivação são indefinidos” (fls.1.456) (grifei).

7. Na conclusão de meu voto, antes de examinar as repercussões do ato de concentração no mercado relevante, relacionei alguns aspectos descritivos do ambiente em que se deu a operação e que julgo conveniente aqui repetir:

- O mercado relevante é o de cerveja, uma vez que há, do ponto de vista do consumidor, efetiva possibilidade de substituição entre os diversos tipos desse produto que, além disso, sem exceção, podem ser produzidos por qualquer fabricante nacional.
- A operação ocorre num mercado altamente concentrado, caracterizado pela presença de um oligopólio diferenciado, com o domínio de dois grupos cujas participações somam 78,5% (Brahma/Skol 46,6% e Antártica 31,9%). Adicionando-se a participação da Kaiser (14,6%), os três grupos detêm, em conjunto, 93,1% do mercado doméstico de cerveja.
- O domínio das duas principais empresas é bastante antigo e há mais de 10 anos que não se verifica alteração substancial na estrutura desse mercado. A história do setor cervejeiro no Brasil registra com clareza a ação concen-

tracionista dessas duas empresas, seja adquirindo pequenas cervejarias, seja ampliando suas capacidades produtivas.

- Os referidos grupos dominantes, assim como a terceira colocada no ranking (Kaiser), associaram-se, quase que simultaneamente, a quatro das maiores cervejarias do mundo, quais sejam, a Brahma com a Miller, a Antártica com a Anheuser-Busch, a Kaiser com a Heineken e a Skol com a Carlsberg, buscando, em última análise, acentuar seu poder de mercado, aumentando as barreiras à entrada de novos concorrentes.
- A necessidade de elevados investimentos na estruturação de sistemas de distribuição e em publicidade e marketing estão entre as principais barreiras à entrada de novos competidores nesse mercado de dimensões continentais.
- O mercado brasileiro de cerveja, com um consumo per capita ainda reduzido, é, juntamente com o da China, um dos que apresenta melhores perspectivas de crescimento no mundo.

8. Como resumo final das minhas observações sobre o Ato, apresentei a seguinte relação de pontos conclusivos:

- ⇒ são pouco significativos, do ponto de vista da coletividade, os benefícios da operação no que tange ao aumento de produção/produktividade, à melhoria de qualidade do produto relevante e, principalmente, ao desenvolvimento tecnológico, entre outros benefícios considerados;
- ⇒ os benefícios privados decorrentes da operação são incomparavelmente maiores que aqueles passíveis de serem apropriados pelo consumidor de cerveja ou pelo mercado como um todo, não havendo, assim, distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da joint venture;
- ⇒ o domínio do mercado nacional de cervejas há décadas se concentra nas duas principais cervejarias do País, sendo que a única contestação significativa (cerca de 15% do mercado) em toda história desse setor só tem sido possível graças ao poder econômico e de mercado do maior produtor mundial de refrigerantes (como se sabe, a Kaiser é do grupo da Coca-Cola);
- ⇒ por ter duração de 15 anos, e com as observações feitas sobre a “indefinição” desse prazo, a operação implica eliminação praticamente definitiva de uma das concorrentes potenciais com melhores condições de ameaçar a posição dominante da Brahma, consolidando sua liderança e a própria estrutura dessa indústria fortemente concentrada, graças às fortes dificuldades que impõe a alterações estruturais significativas nesse mercado, aspec-

to negativo que não é compensado pela introdução de inovações ou mesmo pelos ganhos de competitividade resultantes;

- ⇒ o objetivo da operação, no sentido de qualificar a Brahma e a Miller a operarem com qualidade e eficiência na produção e comercialização de cervejas premium, respondendo, com rapidez, à demanda crescente desse tipo de cerveja, pode ser atingido em prazo relativamente curto, considerando a experiência das duas empresas no ramo em que operam e suas consequentes capacidades de assimilação de conhecimentos (à fls. 1.161 a Brahma afirma, em resposta à SDE, que “[a] primeira avaliação a respeito da boa ou má aceitação do produto será feita em 2/3 anos [após a introdução da MGD no mercado brasileiro]”.
- ⇒ como demonstrado por outras marcas de cerveja, há alternativas para que a Miller ingresse no mercado e viabilize a distribuição nacional de sua cerveja, excetuando-se a associação com a Brahma (veja-se, por exemplo, o caso da associação Corona/Ariscó), e sem considerar o fato de que, sendo parte integrante do Grupo Phillip Morris, a Miller pode ter acesso facilitado aos canais de distribuição de outras empresas do Grupo atuantes no Brasil, nos setores de alimentos e de cigarros;
- ⇒ a jurisprudência internacional em matéria de joint ventures é pródiga em demonstrações de que a eliminação de concorrência potencial só é tolerável em casos onde a associação propicie consideráveis ganhos de eficiência, principalmente no que se refere ao desenvolvimento tecnológico, o que, como se viu, não se verifica na presente operação; mesmo assim, a fixação de limites de produção e de tempo para a duração da aliança são mecanismos utilizados para tornar tais atos toleráveis do ponto de vista da defesa da concorrência.

9. Finalmente, transcrevo, a seguir, os termos do voto condutor do acórdão:

“Nos termos apresentados, a operação não atende às condições necessárias à sua aprovação, nos termos do parágrafo 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94 [doravante denominada Lei de Defesa da Concorrência ou, simplesmente LDC]. Assim, aprovo a constituição da ‘joint venture’ denominada MILLER BREWING DO BRASIL LTDA., desde que aceitas pelas Requerentes as condições abaixo relacionadas, por meio de comunicação formal ao CADE, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da presente decisão no Diário Oficial da União:

Primeira condição: estabelecer como nova data final do prazo de vigência dos contratos e Acordos firmados entre as Requerentes (fls.618 e seguintes), aquela correspondente ao último dia do período de 24 (vinte e quatro) meses, contado a partir da data de publicação desta decisão no Diário Oficial da União;

Segunda condição: considerando que a Primeira Condição, acima, não pode atingir a cooperação entre as Requerentes fora do mercado relevante, incluir na Seção 2.1 (Escopo Territorial da Associação Internacional) do Acordo de Associação Internacional (fls.645), a partir da nova data final estipulada na Primeira Condição, seção adicional que exclua a República Federativa do Brasil do Escopo Territorial mencionado;

Terceira condição: eliminação de todas as referências a preços de produtos produzidos e/ou importados pela Skol (Cervejarias Reunidas Skol-Caracu) em qualquer dos Acordos e contratos firmados entre as Requerentes relacionados à presente operação, a exemplo do estabelecido na Cláusula 2, item 2.1.3 do Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização de Determinados Produtos Miller;

Quarta condição: eliminação de todas as referências a preços de produtos Brahma em qualquer dos Acordos e contratos firmados entre as Requerentes relacionados à presente operação, a exemplo da Seção 4.1(i) do Acordo de Produção por Contrato e Assistência de Distribuição e da Seção 3.1.1(a) do Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização de Determinados Produtos Miller;

Quinta condição: eliminação de todas as referências a qualquer relação de preços entre a ‘Cerveja Miller Licenciada’ , ‘Cerveja Miller Importada’ e ‘Cerveja importada pela Skol’ e as ‘Cervejas Miller Adicionais’, tais como as mencionadas na Seção 4.6.2 do Acordo de Associação de Empresas para o Brasil (fls.733).

Aceitas as condições, deverão as Requerentes, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da comunicação da aceitação, firmar Compromisso de Desempenho com o CADE, na forma do art. 58 da [LDC], em que comprometer-se-ão a cumprir e a comprovar o cumprimento das condições constantes da decisão do Colegiado.

Não sendo aceitas as condições, de forma expressa, por meio de comunicação ao CADE, ou de forma tácita, pelo silêncio das Requerentes após o transcurso do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da presente decisão no Diário Oficial da União, deverão as Requerentes, no prazo de 60 (sessenta) dias após a referida publicação, apresentar ao CADE:

- ◇ prova de que foi incluída na Seção 2.1 (Escopo Territorial da Associação Internacional) do Acordo de Associação Internacional (fls.645), seção adicional que exclua a República Federativa do Brasil do Escopo Territorial mencionado e
- ◇ prova da rescisão dos acordos e contratos celebrados com a finalidade de criar e operar a ‘joint venture’ no País.

Ante os fundamentos expostos neste Relatório e Voto, e tendo em vista que a manutenção no mundo jurídico dos acordos firmados entre as Reque-rentes, tais como se encontram, trazem graves prejuízos à ordem econômica, a não aceitação das condições impostas, sem a devida comprovação ao CADE, dentro dos prazos estabelecidos nesta decisão, da adoção das providências constantes dos itens ‘a’ e ‘b’, acima, constitui infração, sujeitando as Reque-rentes, individualmente consideradas, ao pagamento de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil Reais)”.

II - SUMÁRIO DOS VOTOS NO PRIMEIRO JULGAMENTO

10. Com a finalidade de rememorar as manifestações dos meus ilustres pares no julgamento de 11 de junho de 1997, faço aqui um breve retrospecto do voto de cada um, na ordem regimental, numa síntese que não tem a preten-são de refletir a alta qualidade daqueles registros.

11. Em seu voto, a Conselheira Lúcia Helena Salgado registrou que a essência do problema concorrencial envolvido na operação sob análise fora identificado pelo voto do Relator, e se consubstancia no “[...]acordo de não-concorrência, [n]a eliminação da possibilidade de entrada de novo ‘player’ capaz de contestar a estrutura sedimentada em uma posição dominante com-partilhada pelas duas empresas líderes e [n]a cristalização dessa posição do-minante, o que vem a dificultar a entrada e o desenvolvimento de outros ofer-tantes, processo em florescimento desde a liberalização da economia brasilei-ra”.

12. Para a nobre Conselheira, em realidade, toda joint venture incorpora alguma restrição à concorrência e coordenação entre os agentes, sendo um desafio permanente para a análise antritruste tentar separar o joio do trigo e identificar se há eficiências efetivas ou potenciais que superam as menciona-das restrições. Trata-se, segundo a Conselheira, de comparar os ganhos de eficiência com os danos à concorrência e verificar se há um saldo líquido po-sitivo em termos de bem-estar para a sociedade.

13. Acompanhando integralmente o voto do Relator, a Conselheira Lu-cia Salgado, dentre outras considerações, enfatizou que as restrições represen-

tadas pela associação seriam compatíveis com o marco legal da defesa da concorrência desde que delimitadas no tempo, de modo suficiente para que pudessem ser superadas as barreiras à entrada, além da proibição das cláusulas que induzem condutas anticompetitivas.

14. O Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, acompanhou integralmente o voto do Relator que, segundo ele, demonstrou a natureza pouco cooperativa e inovativa da joint venture entre a Brahma e a Miller. Afirmou, ainda, que apesar de justificar-se do ponto de vista privado, a associação, pelo porte das empresas envolvidas, contribui fortemente para anular, ou pelo menos postergar de forma indefinida, a possibilidade de entrada efetiva de novos competidores no mercado relevante, pois envolve justamente aqueles mais capacitados para contestar de forma direta o domínio de mercado exercido pelos principais integrantes do oligopólio liderado pela Brahma.

15. O nobre Conselheiro Paulo Dyrceu, mostrou, ainda, que os novos investimentos dos dois grupos dominantes (Brahma e Antarctica), independente de qualquer joint venture, aliados à modalidade de “entrada contida”, consubstanciada na presente associação, fazem parte de uma estratégia das empresas líderes de elevar ainda mais as barreiras à entrada de novos competidores. Lembrou que, além de limitar a livre concorrência, a operação não implica expansão de capacidade produtiva ou aumento de produtividade e não coloca à disposição da coletividade melhorias significativas da qualidade de bens e serviços ou a incorporação de inovações tecnológicas importantes no setor em questão, condições previstas na LDC e normalmente requeridas, em outras jurisdições para distinguir as operações da espécie de simples arranjos cartelizantes.

16. O Conselheiro Paulo Dyrceu opinou, também, no sentido de que os contratos referentes à associação excedem em muito os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados, não só quanto à duração mas também quanto aos acordos relativos a preços, tendo, por fim, concordado com o voto do Relator, especialmente quanto à necessidade de eliminar-se as cláusulas dos contratos referentes à correlação de preços e de estabelecer-se nova limitação temporal à joint venture para conformá-la ao que preceitua a Lei.

17. Em sua manifestação, o nobre Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho procurou situar o acordo Brahma/Miller dentro do contexto de competição internacionalizada e de globalização na indústria de cerveja, tendo votado no sentido da aprovação da operação que foi por ele considerada pró-competitiva, embora tenha concordado com a necessidade de eliminar-se dos contratos as cláusulas relativas a correlações de preços entre marcas.

18. O Conselheiro Barrionuevo demonstrou ver com naturalidade aquilo que considerou ser uma tendência internacional de concentração da indústria cervejeira, destacando que tanto a estrutura do mercado brasileiro quanto o porte de suas principais empresas são comparáveis aos principais países produtores dessa bebida.

19. O citado Conselheiro demonstrou dúvida quanto à definição do mercado relevante em termos de produto, e levantou a hipótese de que, sendo não transitória a diferença de preços entre cervejas premium e cervejas comuns, poderia justificar-se a consideração desses mercados como sendo distintos.

20. O Conselheiro Barrionuevo ressaltou ainda que o porte da Brahma a habilita a investir com o propósito de limitar a entrada de novos concorrentes e que, mesmo uma empresa tão poderosa quanto a Miller, nestas condições, pode considerar não lucrativa a entrada, tanto que, mesmo dispondo da rede de distribuição da Phillip Morris, preferiu a associação com a Brahma a correr riscos de entrar de outra forma. O aludido Conselheiro lembrou também que a barreira adicional para as empresas brasileiras de menor porte, resultante da introdução de marcas de prestígio internacional no mercado nacional, ocorreria mesmo se as cervejarias internacionais entrassem independentemente.

21. Por fim, o Conselheiro Barrionuevo pronunciou-se no sentido de que não se aplica ao caso a teoria do concorrente potencial, principalmente por não terem sido atendidas as rigorosas condições usualmente impostas para tanto, tendo por base a jurisprudência norte-americana. Destacando que, no seu modo de ver, o ato não traz danos à concorrência, não sendo necessário, portanto, o exame de eficiências, o mencionado Conselheiro concluiu que a operação deveria ser aprovada por tempo indeterminado.

22. Acompanhando integralmente o voto do Relator, o Conselheiro Leônidas Rangel Xausa manifestou, em seu voto, seu convencimento de que, a curto prazo, a operação traz vantagens não apenas para as empresas, mas também para a concorrência.

23. No prosseguimento de seu voto, contudo, o Conselheiro Xausa afirmou que, a médio e a longo prazos, as aparentes vantagens iniciais da operação desaparecerão, transformando em ameaça potencial à concorrência a associação entre Brahma e Miller, por ele considerada como um “casamento de conveniência”.

24. O Conselheiro Antonio Fonseca votou adotando como razões de decidir as conclusões do voto do Relator no que concerne ao mercado relevante e à análise dos padrões concorrenciais. Concordeu com o voto do Relator em que a operação não traz qualquer benefício compensatório ao consumidor

e afirmou considerar prematuras insinuações de que a evolução do mercado brasileiro de cerveja segue meramente uma tendência internacional, demonstrando sua discordância e preocupação quanto à possibilidade de que, seguindo por esse caminho, se concluísse que a globalização torna desnecessário o controle das concentrações.

25. Mesmo apontando a necessidade de que o Plenário fizesse apreciação mais objetiva das cláusulas relativas à correlação de preços entre marcas, o nobre Conselheiro Antonio Fonseca acompanhou integralmente o voto do Relator.

26. O ilustre Presidente do CADE, Gesner Oliveira, manifestou, em seu voto, sua concordância parcial com o diagnóstico apresentado pelo Conselheiro-Relator, não acreditando, porém, que a operação em tela represente riscos de danos à concorrência na mesma magnitude sugerida pelo voto do Relator.

27. Segundo o i. Presidente, a aplicação da tese da concorrência potencial deve levar em conta a natureza polêmica e subjetiva dos conceitos e pré-requisitos que dela fazem parte, assunto que na sua interpretação, está ainda distante da aceitação unânime na literatura especializada.

28. Conforme o Senhor Presidente, a mencionada teoria tem sido mais utilizada em casos envolvendo empresas atuando no mesmo mercado geográfico com produtos relevantes distintos. Segundo o Presidente, o Voto do Relator, no entanto, aplica a tese num caso em que o alegado competidor potencial fabrica o mesmo produto relevante, mas atua em mercados geográficos distintos.

29. Finalmente, ressaltando que, na sua opinião, o caso em análise não reúne os pressupostos requeridos para a aplicação segura da tese citada, o nobre Presidente votou pela aprovação da operação, condicionada a compromisso de desempenho que se restringisse a aspectos de conduta derivados das cláusulas contratuais que efetivamente se constituam em infração à ordem econômica.

III - O PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO

30. Do ponto de vista estritamente formal, considero que o Pedido de Reapreciação foi tempestivamente apresentado pelas Requerentes em 27.08.97 e preenche as condições dos artigos 27 e 28 da Resolução CADE nº 5, de 28 de agosto de 1996.

III.1 - OS FATOS NOVOS

31. No Pedido de Reapreciação, os fatos novos são assim apresentados, verbis:

i) “As Requerentes propõem excluir do conjunto de atos jurídicos antes apresentados ao plenário do CADE todas as cláusulas relativas a preço de produtos incluídas naqueles atos.

ii) As Requerentes propõem prestar ao plenário [do CADE] as informações que dispuser (sic), pelo prazo mínimo de dois anos, relativas a:

- Participação do mercado por marca e cervejaria;
- Preços médios dessas marcas;
- Novos produtos introduzidos no período;
- Volume de produção da Miller Genuine Draft”.

32. Ainda no capítulo relativo aos fatos novos, as Requerentes manifestaram a “disposição de discutir com [o Conselheiro-Relator], e com os ilustres Conselheiros, todas as demais condições que possam assegurar ao plenário [deste] Conselho que os efeitos do ato de concentração, que, alterado, [foi] reapresentado a exame [deste] plenário, não ofendem à ordem concorrencial [...] e não reforçam ou resultam na dominação de mercado [...]” (fls.1.748) (grifei).

III.2 - RESUMO DO PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO

33. Numa tentativa de sintetizar as conclusões do vasto trabalho apresentado, listo, a seguir, os principais pontos do Pedido de Reapreciação:

i) “Os efeitos do ato jurídico [...] apresentado não ofendem à ordem concorrencial, porque: a) não limitam ou de qualquer forma prejudicam a livre concorrência;” e “b) não reforçam ou resultam na dominação do mercado relevante brasileiro de cerveja popular, pielsen, ou do seu segmento premium, pela Requerente CCB”;

ii) “A Requerente MILLER CO. não é uma concorrente potencial efetiva em relação ao mercado brasileiro de cerveja e, portanto, o ato [...] reapreciado não lhe impede a entrada no mercado brasileiro”;

iii) “Os fatos relativos ao ato [...] reapreciado, [...] revelam que seus efeitos não ofendem, por qualquer forma, à ordem concorrencial e efetivamente geram benefícios ao consumidor brasileiro.” (fls. 1.881)

III.3 - O DESPACHO DE 06.10.97 E A REUNIÃO COM AS REQUERENTES

34. Em despacho exarado em 06.10.97, procurei fazer ver às Requerentes que o Pedido de Reapreciação, tal como apresentado, não se propunha a modificar as características da operação que conduziram à decisão do CADE no sentido de aprová-la com fortes restrições, e convoquei as Requerentes, inclusive seus dirigentes, para audiência no CADE, a fim de “discutir a relevância dos fatos novos alegados, nos termos do art. 27 da Resolução CADE nº 5/96, bem como para especificar eventuais benefícios adicionais e alterações estruturais diretamente relacionados à ‘joint venture’ ”(fls.2.011).

35. O despacho em questão alertou as Requerentes para a necessidade de robustecer seu pedido com a especificação de novos benefícios e alterações estruturais em relação à apresentação original.

36. A audiência que então se realizou, com a presença de dirigentes das Requerentes, do Presidente do CADE, de alguns dos Conselheiros e da Procuradora-Geral, teve o grande mérito de fazer com que as Requerentes percebessem que, na visão de vários dos membros do CADE presentes à reunião, o Pedido de Reapreciação afigurava-se insubsistente e que havia, da parte do CADE, clara disposição de conceder-lhes nova oportunidade. Assim, o CADE estava conclamando-as a apresentar proposta de reformulação efetiva da operação e a iniciar, mesmo que tardiamente, processo de negociação de alterações com o Conselheiro-Relator.

37. A partir de então, a direção da Brahma chamou a si a coordenação direta das negociações com o CADE, do que resultou a apresentação de aditamento ao Pedido de Reapreciação.

38. Devo registrar que as Requerentes fizeram juntar aos autos carta do Presidente da Miller Brewing Company ao Diretor Geral da Brahma, na qual o primeiro declara que não está nem esteve nos planos da Miller construir uma cervejaria no Brasil, o que, segundo ele, dificilmente se justificaria diante de outras demandas sobre os recursos financeiros da Empresa. Acrescenta que, em sua opinião, a Miller não poderia ter êxito em desenvolver seus negócios no Brasil sem uma aliança com a Brahma (fls. 2.047).

IV - O ADITAMENTO AO PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO

39. O aditamento apresentado em 27.11.97 contém elementos que demonstram a disposição das Requerentes de reformular a operação no sentido de tentar suprir deficiências apontadas no voto condutor do acórdão, principalmente no que se refere a tecnologia, investimentos e benefícios ao consumidor, destacando e robustecendo alguns dos aspectos positivos da joint venture. Os principais elementos trazidos pelas Requerentes no aditamento ao Pedido de Reapreciação são comentados a seguir.

IV.1 - NOVAS LINHAS DE PRODUÇÃO DE CERVEJAS MILLER

40. A produção de cervejas Miller ocorria apenas na fábrica da Brahma em Jacareí-SP, tendo sido informado nos autos a existência de previsão para a instalação de fábrica exclusiva de cervejas Miller quando a produção destas cervejas atingisse a marca de 2 milhões de hl/ano. A informação que as Requerentes agregaram ao seu Pedido de Reapreciação altera este quadro, estabelecendo a meta de instalar 3 (três) novas linhas de produção de cervejas Miller em fábricas existentes da Brahma, sendo uma em maio de 1998, no Rio Grande do Sul, outra em março de 1999, em Sergipe, e uma terceira na fábrica Nova Rio, no ano 2000, no Rio de Janeiro, representando investimento em adequações e equipamentos da ordem de R\$ 39 milhões, além de R\$ 24 milhões em marketing (de 1998 a 2000).

41. Deixa de existir a previsão de instalação de fábrica independente de cervejas Miller, já que, conforme alegam as interessadas, o novo plano antecipa o alcance dos objetivos de produção adicional, sendo mais vantajoso do ponto de vista da logística de distribuição.

IV.2 - LANÇAMENTO DE NOVOS PRODUTOS

42. O aditamento ao Pedido de Reapreciação apresenta os seguintes objetivos de lançamentos de novos produtos :

- a) Miller Lite: lançamento no 2º semestre/98;
- b) chope de maior duração: início de produção em março/98 (duração de 20 dias) e dezembro/98 (30 dias);
- c) Brahma Draft: lançamento em janeiro/99;
- d) Miller Genuine Draft em embalagem de 620 ml descartável (one way), para exportação: lançamento em outubro/99;
- e) Miller High Life, para exportação: outubro/99; embalagem de lata com abertura grande (large opening end can): novembro/97 (Cerveja Skol).

IV.3 - FABRICAÇÃO DE PRODUTOS BRAHMA NOS EUA

43. Anunciou-se também a intenção de iniciar a produção de cervejas Brahma nos Estados Unidos, visando, em última análise, à participação desses produtos naquele mercado. São os seguintes os objetivos programados:

a) Brahma Chopp em lata (produzido pela Miller/EUA): início de produção em dezembro/98; volume a ser produzido em mil hectolitros, 21, 47 e 99, respectivamente, em 1998, 1999 e 2000;

b) Chope Brahma: início janeiro/99; 2º semestre/98 ao 2º semestre/00; volume a ser produzido, em mil hectolitros, 5, 18 e 31, respectivamente, em 1998, 1999 e 2000.

IV.4 - TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA PARA PEQUENAS CERVEJARIAS

44. A Brahma informou ter celebrado contrato com a Cervejaria Continental, empresa que administra, diretamente e sob regime de franquia, chopeiras e microcervejarias, visando à prestação de apoio para a montagem e operação de microcervejarias e choperias, desenvolvimento de marcas e sabores, fornecimento de insumos, controle e garantia de qualidade, em troca de exclusividade no fornecimento de cervejas, refrigerantes etc. e na exploração publicitária e de merchandising.

IV.5 - APROPRIAÇÃO DE TECNOLOGIA

45. No que se refere a tecnologia, o aditamento apresentou, de forma detalhada, os benefícios a seguir descritos, como sendo decorrentes da operação, dentre outros.

IV.5.1 - TECNOLOGIA INDUSTRIAL

46. São as seguintes as principais áreas de apropriação de tecnologia industrial:

a) o Projeto de Produtividade Fabril em implantação pela Brahma, com vistas à melhoria do desempenho e da produtividade fabril, prevendo investimentos totais de US\$ 50 milhões e ganhos em redução de custos que, só em 1997, devem ter atingido R\$ 16 milhões, sem contar ganhos potenciais;

b) tecnologia referente à estabilidade coloidal e de tratamento de malte: potencial de redução de custos de 10%;

c) tecnologia de produção de cervejas draft e aumento do prazo de validade do chope;

d) novas embalagens: redução de custos de embalagens de 3% a.a.; 9 (nove) lançamentos, do 1º semestre/98 ao 2º semestre/00; lata com abertura grande em novembro/97.

IV.5.2 - SUPRIMENTOS

47. Os seguintes benefícios de natureza principalmente comercial foram apresentados como decorrência da apropriação, pela Brahma, de conhecimentos da Miller na área de suprimentos de insumos, significando potencial de redução de custos de US\$ 38 milhões/ano:

a) Programa de Suprimento Global (Global Sourcing): metodologia de aquisição de materiais e serviços, incluindo treinamento de funcionários em compras internacionais e técnicas de negociação;

b) acesso a novos parceiros comerciais (fornecedores de latas e garrafas de vidro); e

c) projeto de melhoria de qualidade de insumos: adoção dos padrões de qualidade da Miller, principalmente no que tange a rótulos de papel e a rolhas metálicas fabricados por fornecedores nacionais, o que teria servido de estímulo para a atração e instalação de novos fornecedores no Brasil.

IV.5.3 - LOGÍSTICA

48. Alega-se, ainda, a apropriação de conhecimentos da Miller, na área logístico-operacional, com destaque para o programa de estoque mínimo, que levou à implantação de centros de distribuição regional, visando à disponibilização, para os revendedores, de toda a carteira de produtos e embalagens;

IV.5.4 - DISTRIBUIÇÃO

49. As Requerentes atribuem ao intercâmbio de conhecimentos com a Miller o surgimento do Programa de Excelência, cujos objetivos são “aferir, orientar e motivar a rede de revendedores em busca de melhores resultados de vendas, incremento de participação de mercado e maior lucratividade”, com resultados positivos já constatados, inclusive em benefício da qualidade de atendimento aos consumidores (fls. 2.138).

V - AUDIÊNCIAS COM PEQUENAS CERVEJARIAS, SUPERMERCADO E DISTRIBUIDOR DE BEBIDAS

50. Com o objetivo de obter informações mais precisas e detalhadas sobre as operações de distribuição e revenda do ponto vista de distribuidor, vendedor e de fabricantes não pertencentes ao grupo dominante, promovi audiências individuais com a Cervejaria Belco, a Cervejaria Paraense (Cerpa), a Cervejaria Krill, o Grupo Pedro Ribeiro (ex-distribuidor Brahma) e com os Supermercados Planaltão, a fim de certificar-me sobre informações obtidas anteriormente e de identificar, em maior detalhe, a forma de atuação das bar-

reiras à entrada e das dificuldades para o desenvolvimento de pequenas cervejarias (fls. 2.181 e seguintes).²

51. Para tanto, elaborei o seguinte roteiro que serviu como orientação para tais audiências e que pode dar melhor idéia da abrangência e objetivos desses encontros:

IDENTIFICAÇÃO

Nome da Empresa. 2. Localização. 3. Data de início de operações de fabricação de cerveja. 4. Relacionamento comercial/societário, formal ou informal, direto ou indireto com outras cervejarias (tipo, grau). 5. Marcas de cerveja em produção e fora de produção. 6. Volume produzido em 1997 (hl/ano). 7. Capacidade de produção (hl/ano).

INFORMAÇÕES SOBRE O MERCADO E SOBRE A OPERAÇÃO DA EMPRESA

Características gerais do mercado cervejeiro nacional. 9. Principais entraves eventualmente existentes à operação e ao crescimento da empresa, inclusive no que se refere a acesso a mercados. 10. Política e estratégia de distribuição de cervejas. 11. Estágio de desenvolvimento tecnológico em relação às grandes empresas e condições de acesso à tecnologia moderna. 12. Obstáculos eventualmente existentes para aumentar a produtividade em fases específicas do processo produtivo [que fase(s) do processo produtivo é(são) considerada(s) mais crítica(s) e mais necessitada(s) de melhoria tecnológica?]. 13. Qual a política da empresa em relação a propaganda e marketing e que importância confere a gastos nestas atividades? 14. Em que mercados a empresa atua, em termos geográficos (regiões abrangidas) e de produtos (tipos de cerveja que produz)? 15. Que produtos (marcas e tipos) são considerados os maiores concorrentes aos produtos dessa empresa?

52. No caso das audiências com o Supermercado e com o ex-distribuidor, julguei desnecessário o estabelecimento de roteiro, tendo em vista a maior especificidade das informações que pretendia obter sobre as respectivas atividades em relação ao comércio de cervejas, com o principal objetivo de conhecer a forma de relacionamento comercial com as cervejarias (direitos e obrigações), a forma de negociação de preços e margens e, no caso

2 Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro. Revista da OAB, Ano XXVII, nº 64, janeiro/junho de 1997. Como ensina OLIVEIRA, “[v]isando a um melhor conteúdo e eficácia das decisões administrativas cujos efeitos recaiam sobre a população, ao Poder Público impende dignificar a fase instrutória dos processos correspondentes, ampliando as possibilidades de fornecer e angariar informações úteis, necessárias, inclusive para o correto desempenho da função administrativa” (p. 31).

específico do ex-distribuidor, a atividade, em si, de distribuição de cerveja, do ponto de vista operacional, em particular no que se refere à exclusividade.

53. As audiências foram de grande utilidade para a compreensão das relações verticais no mercado relevante, e especialmente esclarecedoras sobre o funcionamento das barreiras à entrada e ao desenvolvimento de empresas no setor cervejeiro. As principais conclusões dessas audiências serão detidamente comentadas mais adiante, no voto, o que não impede, entretanto, de informar, aqui, à guisa de sumário, sobre alguns de seus resultados.

54. Primeiramente, percebeu-se com absoluta clareza, que os entrevistados identificam as alianças entre grandes cervejarias nacionais e estrangeiras como fator de aumento do poder de mercado das primeiras, representando eliminação de potenciais concorrentes (fabricantes e importadores) e resultando em perda de mercado para as pequenas cervejarias.

55. Em segundo lugar, ficou também muito nítido que a falta de uma adequada rede de distribuição é vista como o principal fator limitante do crescimento das pequenas empresas, devido às dificuldades daí decorrentes em relação ao acesso a mercados consumidores e à obtenção de ganhos de escala na produção.

56. Para as pequenas cervejarias, o acesso a mercados é especialmente dificultado pela expressão do poder dominante das grandes cervejarias em sua dimensão vertical, ou seja, pela posição dominante das grandes empresas no sistema de distribuição, em que predominam contratos com cláusula de exclusividade para o distribuidor, restringindo as possibilidades de acesso de outras empresas ao mercado.

VI - DEVIDO PROCESSO LEGAL

57. Em estrita observância ao devido processo legal, foram juntadas aos autos as notas tomadas nas aludidas audiências, após o que, em despacho de 10 de março último, abri vista do Processo às Requerentes para, querendo, manifestar-se sobre as mencionadas notas, no prazo de 10 (dez) dias. Em sua manifestação, protestando pelo prazo excessivamente curto que lhes foi concedido pelo Relator, o que as teria impossibilitado de examinarem as manifestações juntadas aos autos com a necessária atenção, como também registrando seu inconformismo com “as infundadas agressões” contidas nas notas referentes à audiência com representantes do Grupo Pedro Ribeiro, as Requerentes aduziram que as audiências realizadas permitiram-nas concluir que:

- ◇ “as quatro maiores cervejarias não concorrem diretamente com pequenas cervejarias, e sim concorrem diretamente entre si” (fls. 2.294);
- ◇ “[r]econhecem as pequenas cervejarias disputar, por vocação comercial, franjas do mercado, precisamente onde as grandes ou não atuam ou encontram maior dificuldade de colocar seus produtos” (fls. 2.295);
- ◇ “[o]utra razão pela qual as pequenas evitam a concorrência direta das grandes é disporem de uma linha de produtos mais reduzida; quase todas as pequenas cervejarias trabalham com embalagens retornáveis, e quando trabalham com embalagens não retornáveis o fazem minoritariamente. Ora, a demanda de cerveja no mercado brasileiro volta-se rapidamente para as embalagens não retornáveis(supermercados, por exemplo), segmento onde atuam as cervejas premium e onde exclusivamente está presente a Miller Genuine Draft” (fls. 2.297);
- ◇ “[m]ais uma razão porque as cervejarias pequenas, mais novas no mercado, não concorrem diretamente com as grandes é a dificuldade de articularem redes nacionais de distribuição” (fls. 2.299);
- ◇ “[...] nenhuma das pequenas cervejarias acusa a Requerente CCB, ou qualquer outra grande cervejaria, de ser responsável pela dificuldade de elas vi-rem a implantar uma grande rede de distribuição” (fls. 2.300);
- ◇ “[o]utra razão da segmentação natural do mercado, que definiu ‘brechas’ nas quais as cervejarias pequenas escolheram para atuar, evitando disputa direta com as grandes cervejarias, é a escala de produção requerida para competir em escala nacional, como entre si fazem as grandes cervejarias” (fls. 2.300);
- ◇ “[o]s números relativos à produção das [quatro cervejarias] depoentes em 1997 mostram a realidade da questão de escala [...]. 1.697.000 hl. de cerveja, o total da cerveja produzida pelas [quatro cervejarias] depoentes. Em números redondos, equivalentes a onze dias/ano de produção da Requerente CCB, ou cinco e meio dias/ano do total da cerveja produzida no país, no mesmo ano de 1997, sendo 40 milhões de hl. a produção da Requerente CCB e 80 milhões de hl. a produção total do mercado” (fls. 2.301); e, finalmente,
- ◇ “[o]s depoimentos colhidos nessa fase da instrução confirmam o que jamais deixaram de afirmar e nos autos provar as Requerentes: que os efeitos do ato sob exame não ofendem à ordem concorrencial e que o mercado de cerveja no Brasil jamais foi tão competitivo, crescente a oferta e cadente o

preço do produto, e que a competitividade do mercado de cerveja aumentou após a celebração do ato de concentração ora sob exame” (fls. 2.306).

VII - NEGOCIAÇÃO PRÉVIA COM AS REQUERENTES

58. Em requerimento protocolado no CADE em 17 (dezessete) de março p.p., as Interessadas solicitaram a antecipação “das negociações dos termos de condição eventualmente a ser imposta à aprovação do Ato de Concentração em referência, antes de o pedido de reapreciação ser levado à decisão final do plenário do CADE”, apresentando sua proposta de condições de aprovação e requerendo, por último, caso o Relator não concordasse com a antecipação solicitada, que seu pedido fosse levado à apreciação do Plenário do CADE (fls. 2.281).

59. Tendo em vista (i) minha intenção, já àquela altura previamente manifestada ao patrono das Requerentes, de abrir a possibilidade de discutir com as mesmas as condições de aprovação por mim estabelecidas; (ii) a insuficiência da proposta das Requerentes, na verdade já a mim antecipada no aditamento ao Pedido de Reapreciação; (iii) minha não concordância com a parte final do requerimento, cujo atendimento poderia significar incabível delegação ao plenário da tarefa de condução do processo, proferi despacho em 25 de março p.p., notificando as Requerentes para comparecerem à audiência no dia 30 seguinte, com o objetivo de discutir matéria de seu interesse relacionada ao pedido de Reapreciação, e tornando sem efeito o Requerimento de 17 de março (fls. 2.322).

60. Vale acrescentar que, em consulta prévia ao advogado das Requerentes sobre a viabilidade de datas e horários para a referida audiência, ofereci a possibilidade de realizar tal reunião na quinta-feira, dia 26 de março, às 15:00 h, o que daria às Requerentes a possibilidade de refletir sobre as condições a elas apresentadas até a próxima segunda-feira, dia 30, quando me seriam comunicadas suas conclusões, em tempo de manter a data prevista do julgamento, ou seja, dia 01 (primeiro) de abril seguinte.

61. Após consulta à Direção da Brahma, o ilustre patrono informou-me que, em virtude de impossibilidade relacionada à agenda do representante da Brahma, este teria preferido que a audiência fosse marcada para o próprio dia 30 de março, comprometendo-se, voluntariamente, diga-se de passagem, a negociar e manifestar-se definitivamente no mesmo dia. Nesta mesma oportunidade, o advogado das Requerentes informou-me que a Direção da Brahma fazia questão de manter a data então programada para o julgamento, isto é, primeiro de abril.

62. Na audiência de 30 de março, à qual compareceram o Diretor-Geral da Brahma e o advogado das Requerentes, conforme devidamente registrado em ata (fls. 2.310), informei que considerava insuficientes as propostas das Requerentes para a elaboração de termo de compromisso de desempenho que pudesse levar à aprovação da operação ora sob reconsideração.

63. Informei, ainda, que as referidas propostas diziam respeito, em sua grande maioria, a questões de interesse unicamente das próprias Requerentes, não trazendo substanciais benefícios ao mercado nem alterações significativas na operação originalmente apresentada.

64. Em seguida, apresentei minhas propostas, tendo procedido à leitura integral do que denominei de conjuntos de condições (A) e (B), minutas dos quais passei às mãos dos presentes naquele momento, a fim de que as Requerentes conhecessem e opinassem sobre a razoabilidade das mesmas, abrindo-se a possibilidade de negociar adequações ou adaptações que contribuíssem para a maior eficácia da decisão e, ao mesmo tempo, minimizassem o custo privado da implementação das restrições compensatórias a serem impostas pela decisão do CADE.³

65. Expliquei que o conjunto de condições (A) traduzia minha valoração dos benefícios oferecidos pelas Requerentes, o que significou o aumento de 24 para 36 meses do período de duração da joint venture.

66. A seguir, discorri sobre o conjunto de condições (B), explicando sua natureza compensatória dos efeitos restritivos da concorrência que decorreriam da operação, e declarei-me pronto a receber as manifestações das Requerentes.

67. O advogado das Requerentes questionou a pertinência da obrigação negativa constante da proposta do Relator, referente à abstenção de adotar práticas de venda casada, uma vez que, na sua opinião, tal condição implicaria presunção de prática anticoncorrencial. Expliquei que a referida obrigação negativa tem caráter preventivo e não acusatório, não implicando em assunção de culpa por parte das Requerentes.

68. Neste ponto da reunião, o Diretor-Geral da Brahma fez propostas de alterações no segundo conjunto de condições (B), nos seguintes termos, conforme registrado em ata:

3 Nesta Seção, as referências a itens e alíneas dos conjuntos de condições propostos às Requerentes referem-se à minuta a elas apresentadas na reunião de 30.03.98, cópia da qual se encontra anexa à ata da mencionada audiência, juntada às fls. 2.310 a 2.321.

- ♦ “1-Acerca do item (B.8) (ii), ponderou que, da forma como redigido, poderia acarretar num ônus excessivo por parte das requerentes, na medida em que, no limite, poderia significar até mesmo que as requerentes fossem obrigadas a investir em ampliação de sua capacidade de produção para atender aos contratos de produção previstos no conjunto de condições. O Relator, considerando a razoabilidade da ponderação, solicitou sugestão de substitutivo. As requerentes propuseram que, ao invés do teto de 5% de participação de mercado, fosse adotado como limite de capacidade posta a disposição das beneficiárias o volume anualmente alcançado com a produção de cervejas da marca Miller;
- ♦ Com relação ao item (B.2), as requerentes sugeriram a redução do número de beneficiárias proposto pelo Relator, de seis para três empresas;
- ♦ As requerentes sugeriram que o contrato de produção incluísse salvaguardas para a Brahma com relação à ética fiscal das beneficiárias e a qualidade de seus produtos face à legislação de defesa do consumidor. O Conselheiro-Relator concordou de imediato com a inclusão das referidas salvaguardas;
- ♦ As requerentes aduziram que, com relação ao item (B.8) (i), não seria realista assegurar a produto de terceiros o mesmo tratamento dado a produtos Brahma e Miller, principalmente com relação a margens de comercialização negociadas com os distribuidores. Concordando com a ponderação, o Relator propôs, de imediato, a troca da expressão ‘mesmo tratamento ’ por ‘tratamento não discriminatório ’”(fls.2.311).

69. Sobre o contrato de produção, esclareci que, conforme claramente estabelecido no item (B.9), alínea (e), os preços a serem pagos pelas Beneficiárias às Requerentes serão livremente negociados entre as partes, sendo as alíneas (c) e (d) meros referenciais, visando assegurar a razoabilidade na fixação dos referidos preços.

70. Neste ponto, as Requerentes solicitaram a suspensão da reunião, com o objetivo de consultar outros membros da diretoria da Brahma sobre a aceitação do conjunto de condições (B).

71. Após a suspensão de cerca de 40 minutos, retornaram as Requerentes com a seguinte mensagem:

“[...] o Diretor-Geral da Brahma não [tem] mandato com poderes para aceitar as condições expostas pelo Relator sem que as mesmas fossem igualmente estendidas à concorrente Antarctica, como meio de garantir simetria entre as restrições impostas pelo CADE às duas empresas. As requerentes concluíram, então, estarem impossibilitadas de prosseguir na negociação do conjunto de condições B, a não ser que o Conselheiro-Relator atendesse à exigência de estender as condições por ele propostas também à Antarctica” (fls. 2.312) (grifei).

72. Declarei, então, ser impossível estender quaisquer condições à Antarctica, tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto e, mais, que o julgamento do Ato de Concentração envolvendo a Antarctica já se encontrava encerrado. Asseverei, ainda, que, do ponto de vista legal, não se pode transpor de um caso para outro as conclusões e as respectivas restrições impostas pelo CADE. A seguir, as Requerentes reafirmaram “estarem impossibilitadas de optar por qualquer das propostas apresentadas pelo Relator, com o que deram por encerrada a tratativa” (fls. 2.312).

73. Atingido o objetivo de possibilitar negociação prévia, mas não tendo chegado a bom termo em virtude de obstáculo intransponível criado pelas Requerentes, e após consulta informal aos demais conselheiros e à Procuradoria, achei por bem adiar o julgamento por uma semana, abrindo nova oportunidade para manifestação das Requerentes.

74. O texto dos Ofícios CADE nº 457/98 e nº 458/98, de 01.04.98, por mim enviados ao Diretor-Geral da Brahma e ao advogado das Requerentes, e lido em Plenário, na Sessão Ordinária de mesma data reflete esta intenção:

“Notifico Vossa Senhoria do teor da ata relativa à reunião de 30 de março último, quando foram iniciadas conversações sobre condições de aprovação do ato em epígrafe.

Tendo percebido, ao menos na fase inicial da citada reunião, excelentes perspectivas de chegar a bom termo, informo que, por motivos técnicos, estou indicando ao egrégio Plenário, nesta data, o adiamento do julgamento do ato em referência para a próxima quarta-feira, dia oito de abril de 1998, oportunizando manifestação adicional das Requerentes sobre as mencionadas condições.

Permaneço à disposição de Vossa Senhoria para eventuais manifestações sobre a ata que ora encaminho para conhecimento, bem como para qualquer esclarecimento ou contribuição no sentido de proporcionar conclusão que satisfaça o interesse público com o mínimo possível de ônus para as Requerentes” (fls. 2.323).

75. Presentes à Sessão no momento da leitura da referida ata, o advogado das Requerentes e o Diretor-Geral da Brahma foram notificados imediatamente do adiamento.

76. Mesmo assim, fui procurado após a referida Seção Ordinária pelo advogado das Requerentes que, na presença do Presidente do CADE, informou que o Diretor-Geral da Brahma já havia reconfirmado a intenção das Requerentes de reiterar a posição demonstrada na reunião de 30 de março, o que seria formalizado em tempo de não inviabilizar a realização do julgamento na nova data prevista.

VIII - PARECERES DA PROCURADORIA

77. Relembro que, por ocasião do primeiro julgamento do presente processo, a douta Procuradora-Geral do CADE, Dr^a Marusa Freire, em síntese, manifestou-se no sentido de que a operação provoca efeitos imediatos benéficos ao consumidor, como o aumento do número de marcas e a oferta de produtos antes importados, mas que, num segundo momento, passa a ser “danosa ao regular funcionamento do mercado” por facilitar a manutenção da estrutura oligopolizada, “criando dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes, particularmente de pequenas cervejarias e microcervejarias regionais”, além de “viabilizar a prática de condutas uniformes por potenciais concorrentes”.

78. Mostrou, ainda, a ilustre Procuradora-Geral que “as eficiências apresentadas pelas requerentes não são suficientes para assegurar as condições previstas no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, que viabilizariam a sua aprovação pelo CADE sem restrições.”

79. Concluiu por sugerir ao Conselheiro-Relator que “imponha restrições [à] aprovação [da operação], de modo a enquadrá-la dentro dos limites e condições legalmente exigidos”(fls.1.485/6).

80. Quando do Pedido ora em julgamento, a Procuradoria pronunciou-se pela admissibilidade da reapreciação, entendendo “que os fatos elencados pelas Requerentes podem ser recebidos como fatos novos, estando o pedido dentro do prazo estabelecido pelo art. 28 da Resolução nº 5/96”. Entretanto,

manteve o mesmo entendimento e conclusão prolatados no Parecer anterior, por não ter vislumbrado qualquer alteração estrutural com a apresentação dos referidos fatos novos (Nota Técnica nº 105/97, de 12.12.97, do Procurador Rogério Santos Muniz, fls. 2.100).

81. Tendo admitido a reapreciação, procedido a análise dos fatos novos e das novas diligências e acompanhado as audiências realizadas, novo parecer foi dado pela Procuradoria, desta vez, cingindo-se à análise da regularidade formal dos atos realizados, sobre o que opinou, em Parecer nº 77/98, de 02.04.98, da ilustre Procuradora Autárquica Áurea Regina Sócio de Queiroz, pela inexistência de qualquer vício, estando o Pedido de Reapreciação apto a ser apreciado pelo Plenário do CADE (fls. 2.327 e seguintes).

VOTO

IX - A INSUBSISTÊNCIA DO PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO

82. Por maior que seja a tentação, não cabe, aqui, travar uma batalha em torno das contestações das Requerentes sobre a decisão do CADE, procedimento mais propício a ambiente acadêmico.

83. Que tal atitude não seja interpretada como desconsideração ao extenso e valioso trabalho apresentado pelas Requerentes, que recorreram a diversos pareceristas na difícil tentativa de enriquecer, ainda mais, as peças produzidas por seu ilustre patrono.

84. O fato é que a decisão atacada foi devidamente fundamentada e, salvo em caso de irrefutável erro grave, não é mais passível de discussão no âmbito deste Colegiado.

85. Com efeito, a função do pedido de reapreciação previsto pela norma interna do CADE visa tão-só proporcionar aos interessados a possibilidade de modificarem a operação submetida à aprovação do Conselho, de modo a conformá-la à lei. Daí exigir a norma que a presença do fato novo esteja estreitamente vinculada às alterações das condições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 54 da LDC.

86. Entretanto, o Pedido de Reapreciação apresentado foi, na verdade, uma tentativa de contestar a decisão do CADE, principalmente no tocante aos seus fundamentos teóricos e doutrinários, revelando-se como se fora um recurso. Não inovou, nem remodelou, nem transformou a operação original, deixando de adequá-la às condições da lei.

87. O aditamento representou uma mudança de posição das Requerentes, demonstrando a disposição de dar uma nova configuração à operação, como que num reconhecimento de que, da forma como originalmente apresentado, o Pedido de Reapreciação não introduzia alterações significativas.

88. Foi somente após a audiência de outubro de 1997, que a Brahma se envolveu diretamente nas tratativas com o Relator, por intermédio de seu Diretor Financeiro, que novos elementos foram trazidos com vistas a adequar a operação às condições da lei.

X - AINDA SOBRE JOINT VENTURES E CONCORRÊNCIA POTENCIAL

89. No voto condutor do acórdão que aprovou sob condições a operação em apreço, sustentei que a duração e a motivação da associação, apesar de estipuladas em alguns dos contratos, eram, na verdade, indefinidas, até porque assim mesmo foi declarado pelas Requerentes (fls. 1.456).

90. Tal indefinição levanta suspeitas quanto aos próprios benefícios da joint venture. Na verdade, conforme os ensinamentos de SALOMÃO FILHO “[o] intuito de lucro presente na joint venture e sua convivência no mesmo mercado com os controladores põem em sérias dúvidas a seriedade de intenções dos seus criadores e levanta a suspeita de que a joint venture pode ser uma forma simples de acobertar um cartel de preços”. Observa, ainda o citado autor que “exceção importante a essa regra ocorre no caso em que a joint venture, ainda que atuando no mesmo mercado das controladoras, foi criada para realização de um empreendimento ou obra que não poderia ser levada adiante, financeira ou tecnologicamente por qualquer de seus membros em separado.[...] Esse caráter [benigno] ficará especialmente evidente caso a joint venture seja organizada sob a forma de consórcio ou de sociedade por prazo determinado para realização de um determinado empreendimento ou obra. Nessas hipóteses, a limitação da duração evidencia a instrumentalidade da limitação da concorrência ao objetivo maior de realização do empreendimento” (grifei).⁴

91. Quanto à carta do Presidente da Miller ao Diretor-Geral da Brahma, afirmando que não é intenção da Miller construir fábrica no Brasil e indicando que seria inviável sua entrada no País sem a aliança com a Brahma, interpreto-a com o mais profundo ceticismo. Data venia, considero-a de precário valor probatório das intenções da Miller em relação ao Brasil, pelo simples fato de que seria absurdo esperar de qualquer das Requerentes declaração de diverso teor, especialmente nas atuais circunstâncias. Para meu maior conforto, verifico que a jurisprudência norte-americana interpreta da mesma forma um tal documento, como se depreende do trecho transcrito a seguir, retirado da conhecida obra Antitrust Law Developments: “Statements by the acquiring company that independent entry is unlikely are generally discounted as self-serving”.⁵

92. Os argumentos trazidos pelas Requerentes envolvendo a doutrina da concorrência potencial, especialmente enfáticos ao mostrar a rigorosa exigên-

4 SALOMÃO FILHO, Calixto, Direito Concorrencial - As Estruturas, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 324-5.

5 ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments (3d ed. 1992), Vol. I, p. 326-7. (cf. nota 306, especialmente nos casos U.S. v. Fallstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526, 548, 563-70 (1973) e Siemens Corp., 621 f. 2d at 508.

cia de provas a serem levantadas sob a responsabilidade do órgão de defesa da concorrência, tampouco abalam minha convicção de que a joint venture em pauta tenha eliminado a Miller como possível concorrente da Brahma no mercado brasileiro. Embora não tenha sido este o argumento central do meu voto - e disso sabem os que o leram atentamente -, agrego, aqui, alguns comentários que reafirmam a minha posição, além de fato novo que corrobora os meus argumentos.

93. A já citada obra *Antitrust Law Developments*, referindo-se a casos de concorrência potencial na jurisprudência norte-americana, lembra que, qualquer que seja o tipo de prova envolvida, a determinação de que uma certa empresa é um concorrente potencial efetivo (*actual potential entrant*) passa por um detalhado exame da capacidade, interesse e grau de atração de tal empresa para entrar no mercado em questão. Evidências subjetivas de que a empresa realmente considerou a hipótese de entrar de forma independente, assim como provas objetivas da atratividade exercida pelo mercado relevante têm, igualmente, merecido grande atenção dos julgadores norte-americanos.

94. Assim, a corte, confirmando a posição da Federal Trade Commission - FTC de que a Yamaha era um concorrente potencial no já conhecido caso da joint venture desta empresa japonesa com a norte-americana Brunswick, para a produção de motores de popa nos E.U.A, concentrou-se fortemente nas provas objetivas relativas à capacidade da Yamaha para entrar no mercado, e particularmente na aparente atratividade exercida pelo mercado e na capacidade empresarial da Yamaha para nele ingressar.⁶

95. A corte considerou que a Yamaha era um provável “entrante” potencial (*likely potential entrant*) porque dispunha da tecnologia necessária para entrar no mercado, já vendendo seus produtos em todos os países desenvolvidos, com exceção dos E.U.A., onde, porém, já havia desenvolvido e exibido seus produtos. Foram também consideradas como forte evidência da intenção da Yamaha de entrar no mercado relevante as tentativas anteriores nesse sentido.

96. Vale a pena mencionar algumas semelhanças entre o caso em análise e o exemplo mencionado, apesar das grandes diferenças entre os dois países, sobretudo, em relação ao especial momento de verdadeira remodelação por que passa a economia brasileira. Primeiramente, ninguém põe em dúvida a capacidade financeira e tecnológica da Miller. Em segundo lugar, é também inegável a excepcional atratividade exercida pelo mercado brasileiro para empresas como ela e, por último, não se pode desprezar o fato de que a cerve-

⁶ Cf. , op. cit., p. 326. Ver, especialmente, o caso *Yamaha Motor Co.*, 657 F.2d at 978-79.

ja Miller já vinha sendo importada pelo mercado brasileiro antes da formação da joint venture.

97. Na análise das possibilidades de que uma empresa possa efetivamente entrar no mercado de outro modo, que não unicamente por meio da operação impugnada, o poder judiciário e os órgãos de defesa da concorrência norte-americanos consideram tanto a oportunidade de entrada independente (de novo entry) como a de entrada por meio da aquisição de uma das pequenas empresas do setor, a fim de utilizá-la como trampolim (toehold) para facilitar a entrada.⁷

98. A esse respeito, vale comentar o caso das Cervejarias Cintra, empresa pertencente a um grupo estrangeiro que, apostando no grande potencial de crescimento do mercado brasileiro de cerveja, entrou recentemente no Brasil, tendo, para isso, adquirido a fábrica da Kaiser, em Mogi Mirim - SP, com um investimento inicial estimado em US\$ 40 milhões, e com modestos planos de produzir e envasar cerca de 1,6 milhões de hl/ano, o equivalente a cerca de 1,7% do consumo brasileiro anual (fls. 2.192/5).

99. Se a envergadura desse empreendimento não autoriza prognósticos de alterações significativas no grau de concorrência no mercado relevante, como talvez fosse o caso de uma empresa do porte da Miller, o fato serve como importante evidência de que a entrada independente pode ser factível e viável, embora possa exigir algum esforço de crescimento interno para chegar-se a uma participação razoável de mercado, como conseguiu a Miller, muito mais facilmente, por meio de uma “simples” aliança com a Brahma.

XI - COMENTÁRIOS AO ADITAMENTO DO PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO

100. Como destacado anteriormente, o aditamento apresentado em 27.11.97 contém elementos que demonstram a disposição das Requerentes de reformular a operação no sentido de tentar suprir deficiências apontadas no voto condutor do acórdão, principalmente no que se refere a tecnologia, investimentos e benefícios ao consumidor, destacando e robustecendo alguns dos aspectos positivos da joint venture. São esses elementos os mesmos que compõem a proposta de compromisso de desempenho apresentada pelas Requerentes, distribuída aos membros do Plenário e juntada às fls.2.282.

101. Alguns aspectos, no entanto, merecem especial análise, a fim de que se possa identificar seus reais efeitos sobre o mercado, o que será feito adiante.

⁷ Idem, p. 328.

XI.1 - NOVAS LINHAS DE PRODUÇÃO DE CERVEJAS MILLER

102. Conforme mencionado acima, a produção de cervejas Miller ocorre apenas na fábrica da Brahma situada em Jacareí-SP, tendo sido informado nos autos a existência de previsão para a instalação de uma fábrica para produzir exclusivamente as cervejas Miller quando a produção desta cerveja atingisse a marca de 2 milhões de hl/ano. A informação que as Requerentes agregaram ao seu Pedido de Reapreciação altera esse quadro, ao estabelecer a meta de instalar três novas linhas de produção de cervejas Miller em três outras fábricas da Brahma, sendo uma em maio de 1998, no Rio Grande do Sul, com capacidade de produção inicial de 200 mil hl., de outra em março de 1999, em Sergipe (200 mil hl.), e outra na fábrica Nova Rio, no ano 2000, no Rio de Janeiro (205 mil hl.), representando investimentos em adequações e equipamentos da ordem de R\$ 39 milhões, além de R\$ 24 milhões em marketing (de 1998 a 2000).

103. Deixa de existir a previsão de instalação de fábrica independente de cervejas Miller, já que, conforme alegam as interessadas, o novo plano antecipa o alcance dos objetivos de produção adicional de cervejas Miller, sendo mais vantajoso do ponto de vista da logística de distribuição, atendendo melhor, portanto, ao objetivo econômico-financeiro do negócio.

104. É preciso chamar atenção para o fato de que a mudança de planos acima descrita implica tão-somente aumento da produção de cervejas Miller, não alterando a capacidade total de produção das unidades fabris da Brahma. De se concluir, portanto, que as cervejas Miller serão produzidas com o aproveitamento de eventuais folgas de utilização de capacidade produtiva das fábricas da Brahma.

105. Tal estratégia pode ser interpretada, também, como uma confirmação de que o prazo de duração da joint venture é realmente indefinido, já que a perspectiva de construção de uma unidade de produção independente para produtos Miller, poderia ser vista como o embrião de uma futura separação das empresas envolvidas na transação.

XI.2 - LANÇAMENTO DE NOVOS PRODUTOS

106. Do ponto de vista do consumidor, são dignas de nota as novas metas de lançamento de produtos e embalagens, destacando-se as previsões de lançamento das novas Miller Lite, Miller High Life (para exportação) e Miller Genuine Draft, esta última em embalagem descartável de 620 ml., ampliando de um para três os tipos de cerveja Miller a serem produzidos, e acrescentando a nova apresentação de 620 ml., descartável, ao que parece, para disputar o

mais importante segmento do mercado nacional, o de garrafas de 620 ml., dominado pelas cervejas ditas “comuns”.

107. Relevante para o consumidor, ao aumentar suas opções, esses futuros lançamentos também reafirmam o acerto da definição por mim adotada para o mercado relevante - cerveja, em geral, não fazendo distinção entre cervejas comuns e cervejas premium. Isto porque um dos principais fatores a apoiar a crítica a essa definição era justamente a diferenciação dos produtos por tipo de embalagem que, no caso das cervejas premium, seriam predominantemente latas e pequenas garrafas transparentes e não garrafas de 620 ml.

108. Alegam as Requerentes que, como resultado da apropriação da tecnologia da Miller, a Brahma lançará em janeiro de 1999 a cerveja Brahma Draft, primeira cerveja da marca com a designação draft e, portanto, concorrente direta da Miller Genuine Draft, ampliando efetivamente as possibilidades de escolha do consumidor.

109. Segundo as Requerentes, ainda como resultado da citada apropriação de tecnologia, a Brahma lançará, em março de 1998, o chope com duração ampliada dos atuais 10 para 20 dias e, em dezembro de 1998, o mesmo chope com duração de 30 dias.

110. Nesse caso, vale ressaltar que os maiores beneficiados serão o fabricante e seus revendedores que ganharão maior flexibilidade principalmente no planejamento da produção, no caso do primeiro, e estocagem do chope. O benefício para o consumidor, embora existente, é, no entanto, marginal, garantindo-lhe apenas a manutenção da qualidade do produto por maior período de tempo. É óbvio, todavia, que a inovação em comento agrega eficiência ao processo produtivo e, por isso, tende a beneficiar o mercado como um todo.

XI.3 - PRODUÇÃO DE PRODUTOS BRAHMA NOS EUA

111. A fabricação de produtos Brahma nos Estados Unidos não foi explicitada no formato original da transação. Todavia, as Requerentes não trouxeram aos autos, na fase de reapreciação, qualquer prova (e.g. novo contrato ou aditamento contratual) de que tenha sido introduzida alteração nos acordos existentes para permitir a tal objetivo, sendo, portanto, de se presumir que, embora essa possibilidade existisse antes do Pedido de Reapreciação, somente nesta última fase foi explorada pelas Requerentes.

112. A iniciativa é positiva, pois permite testar a aceitação dos produtos Brahma no mercado norte-americano, embora as metas apresentadas não reflitam grande persistência e determinação da Brahma em disputar parcela daquele mercado, ainda que de modo gradual.

113. Assim, embora expresse prudente cautela comercial, a iniciativa em questão é uma experiência tímida e pouco significativa como benefício adicional da operação.

XI.4 - APROPRIAÇÃO DE TECNOLOGIA

114. No que se refere à apropriação de tecnologia, o Pedido de Reapreciação, mesmo não inovando, trouxe a explicitação de metas e de objetivos não demonstrados na apresentação original, com destaque para o Projeto de Produtividade Fabril que, só em 1997, segundo alegado, deveria ter proporcionado uma economia de R\$ 16 milhões, a partir de investimentos de R\$ 50 milhões. Embora as Requerentes não tenham informado sobre a forma e o grau de participação da Miller no citado Programa, este parece consubstanciar a apropriação, pela Brahma, de parte da experiência produtiva da Miller.

115. A inexistência de elementos que demonstrem o grau de envolvimento e de responsabilidade da Miller nesse Programa, deve-se reconhecer, enfraquece seu potencial de contribuição como benefício decorrente da operação.

116. Dois outros pontos devem ser destacados no que se refere a benefícios tecnológicos alegadamente trazidos pela operação, quais sejam, a apropriação, pela Brahma, da tecnologia de tratamento de malte e de estabilidade coloidal, para o que, segundo as Requerentes, tem sido fundamental a experiência da Miller. De acordo com as informações prestadas, a transferência de tecnologia nessas duas áreas tem significativo potencial de redução de custos de produção (10%, apenas no caso do tratamento de malte).

117. Embora já mencionado no item IV.2, relativo aos novos produtos introduzidos pelas Requerentes, merece ênfase adicional o futuro lançamento da cerveja Brahma Draft e do chope de maior duração, desta feita como demonstração da efetiva apropriação, pela Brahma, da tecnologia da Miller na produção das cervejas não-pasteurizadas, com base na microfiltração, aspectos antes não explicitados e que parecem trazer algum benefício para o mercado, particularmente para o consumidor.

118. Informam as Requerentes que a colaboração com a Miller proporcionará, também, uma redução de cerca de 3% ao ano no custo de embalagens, além de contribuir para o lançamento de nove novas embalagens, começando no primeiro semestre do corrente ano e indo até o segundo semestre do ano 2000, sem contar com a embalagem de lata com abertura maior, recentemente lançada com a marca Skol.

XI.5 - MELHORES PRÁTICAS

119. No plano administrativo-operacional, informam as Requerentes que a cooperação com a Miller é de fundamental importância para o atingimento das metas apresentadas no Pedido de Reapreciação, referentes àquilo que se convencionou denominar de “melhores práticas”.

120. Assim, no item denominado “Programa de Suprimento Global” (Global Sourcing), por exemplo, os conhecimentos apropriados da vasta experiência internacional da Miller deverão proporcionar à Brahma redução de custos de produção de cerca de US\$ 38 milhões/ano, referentes a práticas comerciais mais eficientes, principalmente no que tange à ampliação do leque de fornecedores.

121. Aqui, novamente, é difícil atribuir o benefício exclusivamente à formação da joint venture, uma vez que, em princípio, uma empresa do porte da Brahma pode ter acesso a benefícios semelhantes por outros meios, como por exemplo, mediante a contratação de serviços especializados, ou mesmo através de acordos mais restritos e específicos com cervejarias (inclusive com a própria Miller).

XII - EXIGÊNCIAS ADICIONAIS - JUSTIFICATIVAS E JURISPRUDÊNCIA.

122. Como se sabe, a função social da propriedade está entre os ditames constitucionais orientadores da ação preventiva e repressiva às infrações contra a ordem econômica (art. 1º da LDC).

123. O exercício de atividade empresarial contrariamente à sua função social pode caracterizar abuso de poder de mercado, por exemplo, nos casos em que o detentor de posição dominante, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropria-se efetiva ou potencialmente de parcela da renda social superior àquela que lhe caberia por crescimento interno ou em decorrência de atuação economicamente eficiente, nos limites da ordem jurídica e de sua parcela econômica, isto é, a ordem econômica.

124. A mencionada apropriação da renda (ou produto social), quando efetiva, enseja a ação repressiva do Estado, e quando potencial, propicia a atuação preventiva do Estado como, por exemplo, em casos de concentração econômica nos quais se evidencie restrição potencial à concorrência.⁸

8 V., e.g., VARELLA BRUNA, Sérgio. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 177/8.

125. Releva lembrar, aqui, recorrendo aos ensinamentos de EROS GRAU, “que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade.[...]”.⁹

126. Para ilustrar a forma de atuação do Estado em casos de desvirtuamento da função social da propriedade, recorro à jurisprudência norte-americana que, nos casos de condutas exclusórias resultantes de atos de concentração, mostra que os tribunais utilizam-se de alguns critérios para avaliar a legalidade da atitude do novo grupo de negar o acesso de terceiros a instalações ou sistemas por ele controlados, a saber: (i) o grau de essencialidade desse acesso para fins de proporcionar efetiva concorrência; (ii) a natureza e o escopo do poder do novo empreendimento no mercado relevante, e (iii) o grau em que os benefícios proporcionados pelo empreendimento podem ser duplicados de alguma outra forma pelos que dele não participam, como, por exemplo, pela criação de um empreendimento similar.

127. Alguns casos específicos da jurisprudência norte-americana demonstram a aplicação dos mencionados conceitos e critérios.

128. Cito, como exemplo, o caso “United States v. Terminal Road Association”, em que quatorze empresas do setor ferroviário formaram uma joint venture para adquirir e explorar terminais ferroviários, impedindo o acesso de terceiros a esses terminais, i.e. restringindo o acesso apenas ao grupo formador do empreendimento. A Suprema Corte decidiu que o impedimento de acesso a terceiros violava o Sherman Act, porque as condições geográficas da região eram tais que seria impossível fazer concorrência ao novo grupo sem que o acesso aos mencionados terminais fosse permitido a terceiros.

129. Em outro exemplo, no caso “Associated Press v. United States”, mais de mil e duzentos jornais formaram uma joint venture cooperativa para constituir uma agência de notícias que não permitia a disseminação, para não participantes, das notícias por ela reunidas, sendo que seus membros tinham poder de veto sobre as propostas de novas adesões. A Suprema Corte considerou ilegal a restrição imposta a não-membros, apontando que a impossibilidade

9 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). Malheiros Editores, São Paulo, 3ª edição, 1997, p. 255.

de de adquirir notícias da agência ou de seus membros constituía uma grave restrição a qualquer jornal que pretendesse entrar na região.

130. Em ambos os casos acima mencionados, ao invés de impedir a formação do empreendimento conjunto, a justiça determinou sua modificação no sentido de abrir a possibilidade de acesso a terceiros.¹⁰

131. É também ilustrativa, no mesmo sentido, a experiência inglesa no caso ocorrido em 1997 entre as cervejarias Bass e Carlsberg-Tetley (CT). A aquisição da CT pela Bass foi aprovada pela maioria da Monopolies and Mergers Commision (MMC), sob condições, tendo sido, todavia, proibida pela Presidente do Comitê de Comércio, também Secretária de Estado para o Comércio e Indústria, não tendo, portanto, se realizado.

132. Em sua argumentação, a autoridade inglesa acatou a conclusão unânime do relatório da MMC, no sentido de que a fusão acarretaria maior concentração econômica na indústria produtora de cerveja, maior carteira (portfólio) de produtos e, portanto, reforço adicional à posição de distribuidora da Bass, aumentando significativamente seu poder de mercado, e, assim, contrariando o interesse público.

133. A ilustre Secretária não concordou, no entanto, com a maioria dos membros daquela Comissão, que entendeu que a imposição de certas condições seria bastante para compensar os efeitos adversos da operação sobre a concorrência.¹¹

134. O relatório da MMC sobre o caso, informa que, após o estudo de vários tipos de medidas compensatórias (remedies), todas ao final rejeitadas, decidiu-se impor medidas cujo objetivo seria o de criar condições para o desenvolvimento de forças competitivas que contrabalançassem o poder da Bass.

135. Naquele caso, já se havia percebido que o poder de compra das cadeias de varejistas de cerveja (bares e restaurantes) era suficientemente elevado para forçar uma redução nas margens de lucro dos fabricantes, e, mais, que os fabricantes regionais poderiam competir efetivamente com os grandes se a eles fosse possível estabelecer uma rede de comercialização própria em seus respectivos territórios. Assim, decidiu-se compor um conjunto de medidas compensatórias destinadas a eliminar a exclusividade sobre a parte do mercado revendedor controlada pela Bass, liberando esses varejistas para

10 Cf. ABA Antitrust Section. Antitrust Law Developments (3d ed. 1992), vol. I, p. 384/5.

11 Cf. nota à imprensa divulgada, via Internet, pelo Departamento de Comércio e Indústria do Reino Unido, em 27 de junho de 1997 (DTI Press Release - P/97/424), no endereço <http://www.coi.gov.uk/coi/depts/GTI/coi0012d.ok>.

formarem uma força competitiva que agisse no sentido de equilibrar o mercado, aliando-se a outros fabricantes.

136. Vale lembrar que, anos antes, em 1989, o Governo britânico já havia editado uma série de medidas saneadoras da concorrência direcionadas especificamente ao setor cervejeiro, visando corrigir o que foi caracterizado como “uma complexa situação de monopólio operando de diversas formas contra o interesse público” (o conjunto de tais medidas é conhecido como the Beer Orders).

137. Essas medidas consistiram, basicamente, na imposição da obrigatoriedade para as grandes cervejarias de eliminar cláusulas de exclusividade de seus contratos com revendedores, liberando-os para vincularem-se a outros fabricantes e para comprarem cerveja e outras bebidas (refrigerantes, água etc.) de fornecedores de sua livre escolha - inclusive anistiando-os de eventuais multas contratuais. Vale lembrar que, diferentemente do caso brasileiro, na Inglaterra, a distribuição das grandes cervejarias é, em geral, feita diretamente pelo fabricante aos revendedores, isto é, aos pontos de consumo (bares, restaurantes etc.).

138. Além disso, as mencionadas medidas ainda obrigaram os fabricantes a publicarem lista com seus preços ao atacado, e a fornecer cerveja por tais preços a atacadistas, embora permitindo a prática de descontos em casos especiais.¹²

139. Na Comissão Européia, o chamado “livro verde” sobre as retrições verticais no âmbito da política comunitária de concorrência, adotado em janeiro de 1997, reconhece que

“[...] [a] penetração em novos mercados é morosa, exige investimentos substanciais, e acarreta riscos significativos. O processo é frequentemente facilitado pela celebração de acordos entre o produtor que pretende penetrar no novo mercado e um distribuidor local.[...] No entanto, os acordos entre produtores e distribuidores podem ser igualmente utilizados para prosseguir a compartimentação do mercado ou para excluir novos operadores que contribuiriam para intensificar a concorrência e exercer pressão no sentido da baixa dos preços. Os acordos entre produtores e distribuidores (restrições verticais) podem, por conseguinte, ser utilizados em benefício da

12 Cf. Monopolies and Mergers Commission, Bass PLC, Carlsberg A/S and Carlsberg-Tetley PLC: A report on the merger situation, The Stationery Office Ltd., London, 1997.

concorrência para promover a integração do mercado e uma distribuição eficiente, ou em seu detrimento, bloqueando a integração e a concorrência”.¹³

140. A mesma fonte informa, ainda, que

“[o] direito comunitário proíbe o comportamento anticoncorrencial das empresas que detêm uma posição dominante no mercado. Determinados comportamentos em matéria de concorrência que normalmente não infringiriam as regras da concorrência, podem constituir infracções quando praticados por empresas em posição dominante. Esta abordagem é justificada pelo impacto muito mais significativo que o comportamento deste tipo de empresa tem sobre a concorrência. Esta situação ocorre sobretudo quando as empresas realizam práticas de exclusão, isto é, comportamentos que eliminam um concorrente ou restringem ou impedem as suas actividades. Embora uma empresa em posição dominante possa defender a sua posição concorrendo com outros operadores, tem a particular responsabilidade de não diminuir ainda mais o grau de concorrência existente no mercado. As práticas de exclusão podem ser dirigidas contra concorrentes existentes no mercado ou podem ter como objectivo impedir o acesso ao mercado de novos operadores. Os exemplos deste tipo de comportamento ilícito incluem: [...] acordos de distribuição exclusivos; discriminação enquanto parte de um padrão mais geral de um comportamento monopolista destinado a excluir concorrentes e regimes de descontos que excluem determinados operadores” (grifei).¹⁴

141. Da mesma forma, os Regulamentos da Comunidade Económica Europeia (CEE) N° 1983/83 e 1984/83, ambos de 22.06.83, relativos a isenções para certas categorias de acordos de distribuição exclusiva e compra exclusiva de cerveja e combustíveis, respectivamente, são elásticos na interpretação de acordos com cláusulas de exclusividade e muito rigorosos em relação à prevenção de vendas casadas. Tal regulamentação, que deverá vigo-

13 Comissão Europeia, Política de Concorrência da Comunidade Europeia: XXVI Relatório sobre a Política de Concorrência, 1996, DG IV, p. 23.

14 Op. cit., p. 27.

rar até 1999, não abrange, contudo, as relações contratuais entre fabricantes de cerveja e atacadistas de bebidas, às quais não se aplicam as isenções mencionadas.¹⁵

XII.1 - AUDIÊNCIAS COM PEQUENAS CERVEJARIAS, SUPERMERCADO E DISTRIBUIDOR DE BEBIDAS

142. Com o principal objetivo de obter informações mais precisas e detalhadas sobre as operações de distribuição, revenda e produção de cerveja, especialmente no caso dos fabricantes não pertencentes ao grupo dominante (doravante denominados, para simplificação, de “Pequenas Cervejarias”), bem como de identificar mais claramente a forma de atuação das barreiras à entrada e as dificuldades para o desenvolvimento desse tipo de cervejaria, convoquei representantes dos segmentos interessados para audiências no CADE, as quais foram sempre acompanhadas pela Procuradora-Geral ou alguém por ela designado.

143. As mais importantes informações e observações colhidas nessas audiências estão comentadas a seguir.

144. Numa observação de caráter geral sobre a evolução recente do mercado cervejeiro nacional, um dos entrevistados fez o seguinte comentário:

“No período 93/95, o mercado era altista. Não havia possibilidade de importar. Mas logo houve a pressão para diminuição de alíquotas e fez-se algumas importações, pontuais, que representaram um alerta para os fabricantes nacionais. Essas importações, que representaram apenas cerca de 2% do consumo total, nas vendas pelos supermercados, chegaram a representar de 6 a 8%. Daí para cá, o mercado se tornou mais competitivo, mais abastecido e os preços mais estáveis.[...] O aumento de produção que ocorreu a partir de então veio das próprias empresas que dominavam o mercado. Estas empresas foram forçadas a uma mudança de comportamento e, aumentaram em muito seus investimentos em capacidade instalada. Esse aumento de produção coincidiu com vigorosas medidas adotadas pelo Governo, desestimuladoras das importações, em geral, restringindo as condições de financiamento das mesmas. Essa conflu-

15 Comissão Europeia, Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias, Volume IA: Regras Aplicáveis às Empresas, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1995, p. 103.

ência de fatores acabou por abortar planos de diversas outras empresas fabricantes de cerveja de outros países que pretendiam, a médio prazo, estabelecer novas fábricas no Brasil” (fls. 2.262).

145. Como já ressaltado no Relatório, das audiências realizadas verificou-se que a falta de uma adequada rede de distribuição é o principal fator limitante do crescimento das Pequenas Cervejarias. Desse fator decorrem, especialmente para o tipo de empresa em questão, fortes dificuldades de acesso a mercados consumidores e à obtenção de ganhos de escala na produção. Vale dizer, não alcançando adequadamente o mercado, a demanda pelas marcas desses fabricantes de menor porte não apresenta crescimento que viabilize o investimento em aumento da capacidade de produção.

146. Para as Pequenas Cervejarias, o acesso a mercados é especialmente dificultado pela expressão do poder dominante das grandes cervejarias, no sentido vertical, controlando o sistema de distribuição, no qual predominam contratos com cláusula de exclusividade para o distribuidor.

147. As dificuldades de acesso ao sistema de distribuição e de estabelecimento de uma rede distribuidora própria são especialmente acentuadas pela grande capacidade de investimento em propaganda e marketing das grandes cervejarias. Isto porque, à medida em que o marketing gera maior aceitação e demanda pelas marcas às quais é direcionado, estas se tornam mais atrativas para os distribuidores e revendedores, que, mesmo com margens unitárias relativamente menores, têm maiores possibilidades de auferir remuneração mais alta, graças ao maior volume de vendas.

148. Outra consequência do marketing é a contribuição do mix de produtos (variedade de marcas, tipos de cerveja, refrigerantes e outras bebidas) oferecidos ao distribuidor juntamente com a marca líder de cerveja para aumentar o poder de barganha das cervejarias. À medida que o mix das grandes marcas nacionais passa a incluir, também, as marcas importadas, como a Miller, a Budweiser e Heineken, qualquer que seja o produto, o distribuidor tende a dar-lhe preferência, disso resultando o aumento do poder de mercado das grandes cervejarias em detrimento das pequenas.

149. Como que num círculo vicioso, a maior escala de vendas das grandes empresas confere a elas maior poder de barganha para impor preços e condições junto aos distribuidores e revendedores, garantindo às suas marcas melhores condições de exposição e vendas, ao tempo em que exigem que as marcas de cervejarias menores reduzam preços e ampliem a margem oferecida

ao distribuidor/revendedor – e, conseqüentemente, reduzam suas próprias margens de lucro, para tentar conseguir o acesso a esses canais.

150. Como observado por um dos depoentes,

“[q]uando fazemos um estudo de um determinado mercado, somamos nossos custos de produção e de distribuição e comparamos essa soma com os preços do produto concorrente naquele mercado; se houver, pelo menos equilíbrio, nós procuramos um distribuidor interessado em oferecer nosso produto. Quando não podemos oferecer um preço menor, para competir com o produto concorrente, desistimos daquele mercado. Muitas vezes, ao ofertarmos nosso produto a um preço inferior aos dos concorrentes, estes vão baixando os seus [preços], até que nos expulsam daquele mercado” (fls. 2.247).

151. A simplicidade da análise do entrevistado revela nitidamente uma das maneiras mais cruéis do exercício do poder de mercado de uma empresa em detrimento da concorrência, demonstrando que este poder pode manifestar-se não só por meio de sua capacidade de aumentar preços, em prejuízo dos consumidores, mas também pela sua aptidão de diminuí-los, para prejudicar os concorrentes.

152. O círculo vicioso a que me referi antes é ainda mais amplo e perverso, pois, as menores margens de lucro reduzem as possibilidades de investimento em propaganda e em ampliação da capacidade de produção, tornando inviável o ganho de escala. Não é difícil vislumbrar os desdobramentos dessa cadeia de fatores que, aliás, pode ter seu sentido de causa e efeito invertido, resultando inexoravelmente em nefastas conseqüências para o desenvolvimento das empresas de menor porte. A Kaiser, vale lembrar, só conseguiu romper esse círculo, posicionando-se como uma concorrente efetiva das cervejas líderes, graças à fantástica rede de distribuição da Coca-Cola.

153. O representante de uma das pequenas cervejarias participantes da audiência chegou a identificar entre os principais obstáculos ao seu crescimento, a meu ver erroneamente, a dificuldade de investir em aumento da capacidade, atribuindo a este fator, praticamente, a mesma ordem de importância da falta de um adequado sistema de distribuição. No entanto, o citado representante acaba por reconhecer a relação de causa e efeito entre os fatores citados ao dizer que, na área onde atua, a melhor performance do fabricante depende do desempenho do próprio distribuidor.

154. Vê-se, pois, que o próprio declarante percebe que, mesmo se dispusesse dos recursos para investir em aumento de capacidade, o aumento da escala de produção (e não apenas da capacidade de produção) depende fundamentalmente do distribuidor. Do mesmo modo, pouco adiantaria aumentar o investimento em propaganda para ampliar o mercado de seus produtos, se não houver capacidade produtiva suficiente para responder ao provável aumento de demanda daí decorrente.

155. A falta de linhas de envasamento em latas e garrafas long neck foi também citada como obstáculo de importância crescente para a penetração em certos segmentos do mercado, especialmente no que tange a lojas de conveniência e supermercados, cujas preferências por esses tipos de embalagem têm crescido em decorrência da maior facilidade de estocagem e, em última análise, menor custo de vendas. A propósito, foi informado que uma linha de envasamento em latas tem um custo aproximado de US\$ 9 milhões (fls. 2.225).

156. Na busca de formas de superar a barreira representada pelo sistema de distribuição, a utilização da rede de distribuição das grandes empresas é reconhecida como uma boa saída, mas “inviável” devido ao óbvio desinteresse das grandes empresas em compartilhar sua rede, além de aumentar o risco de que a grande acabe “engolindo” a pequena. De acordo com um dos depoentes, verbis:

“[n]ão teria jeito. A não ser que [a grande] fosse a minha controladora. Elas não têm interesse, porque as pequenas não são viáveis para elas. Elas comprariam para fechar, como já aconteceu várias vezes. Ou seja, não é que não seja possível, mas essa pequena empresa correrá diversos riscos[...], como por exemplo, o de ser logo depois solapada [pela grande]” (fls. 2.226).

157. Ainda sobre as dificuldades do sistema de distribuição, outro depoente informa que:

“[não dispondo de recursos financeiros suficientes e de marcas conhecidas], a pequena empresa fabricante de cerveja tem que atuar mais onde há brechas no mercado, utilizando ‘táticas de guerrilha’. Nossas maiores dificuldades se referem, principalmente, à desvantagem que levamos na compra de matéria-prima, já que compramos em menor escala, o que se reflete no preço do nosso produto. Mas o segredo está mesmo é na distribuição. Os distribuidores são temerosos de investir na distribuição de

um produto que não tem a mesma ‘imagem’ do produto das grandes cervejarias, dado que o investimento necessário pode não ter o devido retorno, em razão do preço do nosso produto vis-à-vis o preço das marcas mais conhecidas. O fato é que, com a política de distribuição direta aos pontos venda, cada vez mais adotada pelas grandes empresas, estas estão, praticamente, sufocando as pequenas, ou seja, aquelas do ‘terceiro pelotão’. Eliminando a figura do distribuidor, aquelas empresas diminuem custos e, ao mesmo tempo, aumentam suas margens, quando repartem apenas entre elas e o varejista o lucro que seria do distribuidor” (fls. 2.241/2).

158. Outro dos depoimentos mostra que

“[a]s cervejarias pequenas estão restritas à periferia do mercado e das cidades, onde reside a população de baixo poder aquisitivo, locais de maiores riscos (assaltos a caminhões de entrega etc.) e custos (dificuldade de acesso, ruas não pavimentadas)” (fls. 2.221).

159. Foram ainda citados como entraves para a atuação de empresas de menor porte os seguintes:

a) a falta de condições de investir em aumento de produção e em tecnologia e a maior dificuldade, em relação às grandes cervejarias, de se ter acesso a financiamentos do BNDES; uma empresa conseguiu um único financiamento do FINAME para sua implantação, tendo tentado outras vezes, sem sucesso, todavia, principalmente porque não conseguiu apresentar as garantias requeridas pelo Banco, eis que já comprometida com o financiamento anterior; e

b) o poder econômico das grandes empresas, que cortejam distribuidores e clientes de pequenas cervejarias, por meio do oferecimento de facilidades e vantagens como, por exemplo, adiantamento de lucros, oferecimento de freezers, mesas, cadeiras, painéis luminosos, em troca da exclusividade na distribuição e compra de produtos (fls. 2.222).

160. Ainda na identificação de obstáculos ao crescimento, foi também mencionado como sendo de grande importância o tratamento fiscal dado à cerveja. De acordo com um dos entrevistados, a regressividade do IPI e do ICMS sobre a cerveja só beneficia as grandes cervejarias, prejudicando as pequenas, as quais, com menor margem de lucro, pagam impostos com base nos preços das grandes empresas.

161. No caso do Estado de São Paulo, adverte, a base de cálculo do ICMS foi arbitrada a partir do preço médio no varejo apurado por pesquisa encomendada pelo SINDICERV que reflete quase que exclusivamente os preços das marcas mais ofertadas, ou seja, as pertencentes às grandes cervejarias, geralmente mais altos do que os demais. Amparadas por milionárias campanhas publicitárias, as marcas das cervejarias líderes são mais procuradas, vendem mais e por preço mais alto do que os produtos das empresas menores. Assim, o Imposto parece ser fator de ineficiência econômica, pois acaba penalizando a pequena empresa que vende a preços menores e favorecendo a grande empresa e o maior preço, ao tempo em que dificulta o crescimento das empresas menores e desencoraja a competição via preços (fls. 2.222).

162. Outro informante apontou que as grandes cervejarias até se beneficiam da maior carga tributária, pois, em razão de seu maior volume de vendas, o nível de preços não é questão tão relevante para elas como é para as empresas menores, pois a competição, para as maiores não se dá via preços. Além disso, prossegue a alegação, a fiscalização não leva em conta o que a lei facultava ao contribuinte, que é a opção de declarar o seu preço final de venda e utilizar base de cálculo mais compatível com seus preços efetivos e, portanto, diferente da que é uniformemente estipulada (fls. 2.242).

163. Alguns dos entrevistados identificaram as marcas estrangeiras de prestígio, como a Miller, por exemplo, como concorrentes diretas, disputando com as pequenas cervejarias e retirando-lhes a fatia de mercado que mais cresce, que inclui as cervejas em embalagens não retornáveis (fls. 2.221).

164. Por outro lado, a associação das grandes cervejarias nacionais com as maiores do mundo é percebida como estratégia das brasileiras para anular a concorrência das grandes estrangeiras e das importações, pois, como no caso da Brahma, passam a oferecer aqui mais um produto que o consumidor pode demandar (fls. 2.226).

165. No que se refere ao domínio da tecnologia de produção, não foi detectado distanciamento entre as pequenas e grandes empresas. Pelo contrário, o domínio de técnicas ditas modernas, como a “flash-pasteurização” e utilização de “high maltose”, parece ser comum a várias das Pequenas Cervejarias, que dispõem, também, de “mestres cervejeiros” capacitados e, em alguns casos, com passagem pelas grandes empresas. “No entanto,” disse um dos entrevistados, “é claro que as grandes empresas teriam muito a [...] ensinar dadas as suas experiências de mais de cem anos na fabricação industrial de cerveja. [...] [O] ponto em que as pequenas poderiam aprender [mais] com as grandes seria na parte administrativa ou de marketing. Não tanto na área de tecnologia” (fls. 2.243).

166. Da audiência com o ex-distribuidor de uma grande cervejaria, destaco a resposta à pergunta formulada sobre a possibilidade e viabilidade, do ponto de vista financeiro e operacional, de um determinado distribuidor trabalhar com mais de uma marca de cerveja. Disse o depoente, verbis:

“[...] seria possível e totalmente viável financeira e operacionalmente do ponto de vista do distribuidor [a expressão usada foi que ‘isto seria a melhor coisa que poderia acontecer para o distribuidor’], que, assim teria como ganhar ao menos um pouco de poder de barganha em suas negociações com as fábricas. No entanto, duvidamos que isso pudesse acontecer, em decorrência do rigor dos contratos de exclusividade e do poder, principalmente das grandes cervejarias, de retaliar os distribuidores (e as cervejarias concorrentes) que agissem dessa forma, como ocorre quando o distribuidor contraria interesses ou se indispõe com a fábrica” (fls. 2.206).

167. Foram citadas como formas usuais de retaliação ou boicote:

- ◆ a redução, por motivos artificiosos, das quantidades entregues ao distribuidor em relação às cotas estabelecidas ou à quantidade do pedido;
- ◆ o atraso, por motivos artificiosos, nas entregas de pedidos;
- ◆ a imposição ao distribuidor, também por motivos artificiosos, da obrigação de retirar os produtos adquiridos em outra fábrica da empresa, mais distante do que aquela em que ele usualmente se abastece, acarretando maiores custos e tempo de abastecimento;
- ◆ a intensificação das vendas diretas ou entregas terceirizadas;
- ◆ o aumento das vendas casadas;
- ◆ a pressão, sob a forma de concorrência predatória, sobre as cervejarias que ameaçam seu mercado, podendo-se chegar à aquisição das mesmas para eliminar concorrência (fls. 2.206).

168. Para o supermercadista consultado, a tendência de concentração do mercado produtor é inexorável e “[a] saída para as empresas menores é dar toda prioridade às praças menores. Deveriam regionalizar. Onde é que elas têm maior possibilidade? Onde o mercado é mais cativo? Deveriam direcionar-se para onde elas teriam chances de ter uma presença, uma exposição de marca muito mais forte” (fls. 2.263).

XIII - CONSIDERAÇÕES FINAIS

169. Pelo que se verifica do exame do caso, o sistema de distribuição é uma das barreiras mais eficazes para o crescimento de pequenas empresas no mercado relevante, protegendo a estrutura fortemente oligopolizada dessa indústria contra entradas efetivamente ameaçadoras do domínio já consolidado, exercendo verdadeiro controle sobre o crescimento e o tamanho de concorrentes sem poder de mercado.

170. E é tamanha a eficácia desse controle, que o número relativamente grande de pequenos produtores de cerveja confere a essa indústria uma aura de livre-concorrência que, no entanto, não ultrapassa a franja do mercado equivalente a menos de 10% do seu volume total.

171. Por outro lado, conforme demonstrado, as Requerentes retocaram o formato da apresentação do Ato de Concentração, mas não lograram alterá-lo suficientemente do ponto de vista estrutural, para diminuir a razão custo-benefício de seus efeitos sobre a concorrência. Contestando a decisão do CADE, ao invés de por ela se orientarem, as Requerentes preocuparam-se apenas em evidenciar aspectos que, na verdade, em sua grande maioria, já faziam parte do desenho anterior da operação, e que, destacados e mensurados, contribuem muito mais para enfeitar a moldura do que para atenuar o seu impacto estrutural no mercado.

172. Mesmo não sendo desprezíveis as alterações introduzidas, já que contribuem para esclarecer os benefícios da operação, antes apenas implícitos, como, por exemplo, a transferência de tecnologia e o lançamentos de novos produtos, é inegável que o Pedido de Reapreciação, assim como a proposta de compromisso de desempenho apresentada pelas Requerentes, não ataca os aspectos anticoncorrenciais que fundamentaram a decisão do CADE, deixando intocadas todas as características estruturais do Ato.

173. Parece escapar às Requerentes o espírito da lei ao estabelecer requisitos de eficiência para a aprovação dos atos de concentração econômica. O controle estrutural do mercado busca a realização de interesses sociais que transcendem os objetivos meramente lucrativos dos agentes econômicos. Por isso concordo com VARELLA BRUNA quando este afirma que

“[é] natural que a exploração econômica empresarial seja motivada por interesses particulares, e não cabe buscar substituir tais interesses pelo abstrato interesse público. O que

não se admite é descuidar-se o titular de tal poder, na busca de seus interesses privados, exercendo-o contrariamente ao interesse da comunidade, inviabilizando-lhe, assim, o desenvolvimento e a luta pela justiça social. [...] Por outro lado, é necessário ter-se em vista que, muito embora o poder econômico seja tido pela ordem jurídica agora não mais como uma anomalia, mas como um dado estrutural, isso não prejudica a constatação de que, segundo essa mesma ordem jurídica, a concorrência deve ser regra e não exceção. Vale dizer: ao mercado é atribuído o papel de orientar o emprego dos recursos produtivos, não mais em caráter absoluto, é bem verdade, já que a atividade estatal passa a condicionar e conformar as relações de mercado, mas ainda preponderantemente. A atividade estatal, neste contexto, insere-se como uma ‘ação voltada à preservação de mercado, enquanto mecanismo de coordenação do processo econômico - tendo em vista o interesse social’. Sendo o regime concorrencial regra e não exceção, impõe-se a conclusão de que, via de regra, não se admite poder econômico cujo exercício tenha por efeito a eliminação ou restrição substancial da concorrência”.¹⁶

XIII.1 - SOBRE A PROPORCIONALIDADE ENTRE A RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA E A COMPENSAÇÃO EXIGIDA

174. No voto que conduziu à decisão ora reapreciada, destaquei o claro interesse da Miller em beneficiar-se das economias de escala da Brahma na produção e principalmente na distribuição de cerveja, reduzindo em muito as barreiras e o tempo de entrada no mercado brasileiro e, conseqüentemente, os riscos da operação. Para a Brahma, embora com menor clareza, percebe-se, principalmente, motivação relacionada à diversificação da sua linha de produtos, com o lançamento de marca de prestígio internacional. Busca esta Empresa, também, aproveitando-se da experiência internacional da Miller na produção e marketing de cervejas premium, melhorar a qualidade e a competitividade de seus produtos nesse segmento específico.

175. Quanto aos motivos relacionados ao poder de mercado, mostrei que com o lançamento da Miller Genuine Draft, a Brahma, além de acentuar

16 Op. cit., p. 172-4.

sua posição dominante com a incorporação de uma marca de renome internacional à sua linha de produtos, se iguala aos seus principais concorrentes nacionais (Antártica e Kaiser) na disputa por esse nicho de mercado.

176. Assim procedendo, a Brahma inibe ainda mais a tímida concorrência das demais empresas não associadas a cervejarias multinacionais, diminuindo as possibilidades destas de competir nesse segmento, além de desencorajar entrantes potenciais.

177. Reiterei, ainda, que, se, de um lado, a operação contribui para acirrar a concorrência entre as três empresas maiores – Brahma, Antartica e Kaiser -, de outro, as empresas menores que não se associarem com aquelas de atuação global terão maiores dificuldades de crescimento. Ademais, ao unir-se com a Miller, terceira maior cervejaria do mundo, a Brahma, maior cervejaria do Brasil e da América Latina, elimina aquela que é uma das concorrentes potenciais que detêm as melhores condições de ameaçar seu domínio de mercado, consolidando sua liderança e a própria estrutura da indústria cervejeira, fortemente concentrada.

178. Do tratamento dado às joint ventures tanto nos Estados Unidos quanto no Japão e na União Européia, percebe-se uma tendência de menor rigor na imposição de restrições aos acordos de cooperação destinados à geração, assimilação ou transferência de tecnologia, finalidades que, uma vez alcançadas, podem ser consideradas como benefícios compensatórios de restrições eventualmente causadas por tais alianças à concorrência.

179. Parece ser entendimento geral, portanto, que os benefícios econômicos ou eficiências advindas de uma determinada joint venture devem ser diretamente proporcionais à importância da tecnologia gerada, do grau de risco envolvido no empreendimento e à necessidade de que as partes no acordo aportem outros ativos tangíveis ou intangíveis ao negócio. São esses benefícios que, contrapostos às restrições e aos potenciais prejuízos à concorrência, constituirão fatores determinantes da aceitação ou rejeição de uma joint venture (ou qualquer outro tipo de acordo concentracionista) pelos órgãos de defesa da concorrência dos países mencionados.

180. Com base nesse entendimento pacífico, pode-se realçar alguns importantes aspectos negativos do caso em exame. Como se viu, a aliança Brahma/Miller não envolve propriamente geração, mas apenas a transferência de tecnologia de importância secundária; os investimentos aportados para a joint venture não são significativos, podendo-se, inclusive, afirmar que o empreendimento é de baixíssimo risco, já que o êxito da operação depende

simplesmente da formidável estrutura de distribuição da maior cervejaria da América Latina.

181. Há, portanto, uma enorme desproporção entre os benefícios visados pelas partes em seu negócio e, por outro lado, os custos e riscos envolvidos para concorrência, em virtude do significativo aumento do poder de mercado da Brahma, resultante da transação.

182. As Requerentes postularam tratamento semelhante àquele conferido pelo CADE à associação entre a Antártica e a Anheuser-Busch. Ocorre, porém, que os dois casos são bem distintos para merecerem igual tratamento. No caso da Antartica, verifica-se um forte compromisso com a eficiência da operação, traduzido no (i) expressivo aporte de investimentos por parte da empresa estrangeira para a empresa nacional; (ii) na própria forma de associação adotada, isto é, mediante participação acionária, ao invés de um simples acordo; e (iii) nas evidências relativas aos objetivos de modernização e dinamização da Antartica.

183. Ademais, detém a Antartica uma menor participação de mercado relevante (atualmente, aproximadamente a metade - 25% - dos cerca de 50% que cabem à Brahma/Skol; fls. 2.109), destacando-se, ainda, a tendência declinante dessa participação, fatores estes que acentuam ainda mais as diferenças entre os dois casos. Assim, as semelhanças entre ambos começam e terminam na superfície, quando vistas pela ótica antitruste.

184. Cabe lembrar que para a aplicação do princípio da isonomia seria imprescindível a situação de igualdade entre as duas transações, ocorrendo na espécie apenas semelhança superficial. A aparente insignificância que se atribui à joint venture nos pareceres técnicos trazidos aos autos, e já analisada no voto condutor da decisão ora reapreciada, é fruto de uma visão parcial da transação, que não considerou o acordo como um fator de incremento do poder de mercado da Brahma, elemento da maior importância para minha avaliação sob a ótica da concorrência e não do negócio em si.

XIV - CONDIÇÕES DE APROVAÇÃO DO ATO

185. Não tendo partido das Requerentes a iniciativa de introduzir alteração substancial a fim de dar ao Ato configuração que possa conduzir à sua aprovação, busquei estabelecer conjuntos alternativos de condições a serem cumpridas pelas Requerentes, de forma que da operação resulte, efetivamente, um saldo líquido positivo em termos de bem-estar para a sociedade, mas preservando, ao máximo, as características originais da transação. Tais conjuntos encontram-se detalhados a seguir.

XIV.1 - PRIMEIRO CONJUNTO DE CONDIÇÕES - (A)

186. Considerando que as Requerentes aprimoraram o Pedido de Reapreciação¹⁷, esclarecendo benefícios antes apenas implícitos, voto pela aprovação do Ato desde que aceitas, pelas Requerentes, as seguintes condições: Estabelecer como nova data final do prazo de vigência dos contratos e acordos firmados pelas Requerentes o último dia do período de 36 (trinta e seis) meses, contado a partir da data de publicação desta decisão no Diário Oficial da União - D.O.U.;

Implementar as condições denominadas “Segunda condição”, “Terceira condição”, “Quarta condição” e Quinta condição” constantes da decisão deste Colegiado publicada no D.O.U. nº 121, de 27.06.97, à Seção 1, página 13.471, considerando como nova data final da “Primeira condição” aquela referida no item (A.1), acima;

XIV.2 - SEGUNDO CONJUNTO DE CONDIÇÕES - (B)

187. Para este conjunto de condições aplicam-se as seguintes definições:

Beneficiárias - empresas que tenham tido no mercado relevante, no ano de 1997, uma participação nas vendas, em volume ou faturamento, o que for maior, igual ou inferior a 1% (um por cento), ou seja, quaisquer empresas, à exceção das próprias Requerentes (incluindo a Skol), da Antarctica, da Kaiser e da Schincariol, não relacionadas comercial ou societariamente às Requerentes, e que produzam e comercializem cerveja em bases comerciais regulares no mercado brasileiro, pelo menos, desde 01 (primeiro) de janeiro de 1998;

Pequenas Cervejarias - cervejarias não pertencentes ao grupo dominante;

Produtos das Beneficiárias - cervejas e refrigerantes de marcas pertencentes às Beneficiárias.

188. As condições constantes deste conjunto levam em consideração o seguinte:

- ⇒ a restrição à concorrência causada efetiva e potencialmente pela operação;
- ⇒ os benefícios evidenciados no Pedido de Reapreciação;
- ⇒ que o sistema de distribuição é a principal barreira para o crescimento de pequenas empresas nesse setor;

17 Ver itens IV (parágrafos de nº39 a 49) e item IX.

- ⇒ que, num primeiro momento, o aumento da rede de distribuição das Pequenas Cervejarias pode levar a um crescimento da demanda não suportado pela sua capacidade instalada;
- ⇒ que os investimentos em aumento de capacidade devem ser sustentados, primordialmente por aumentos da receita de vendas das Pequenas Cervejarias;
- ⇒ que na comercialização de cervejas, por atacado, a disponibilização pelo fabricante de um conjunto de produtos que inclui, principalmente, refrigerantes, é fator de grande importância;
- ⇒ os precedentes do CADE nos atos de concentração nº 16/94 (Gerdaul) e nº 27/94 (Colgate/Kolynos), quanto à imposição de condições à aprovação das transações; e

⇒ as sugestões apresentadas pelas Requerentes na reunião de 30 de março último, em relação ao segundo conjunto de condições (B),

189. A aprovação da operação, pelos prazos definidos nos contratos e acordos constitutivos da joint venture, fica submetida à aceitação das seguintes condições:

a) desenvolver e implementar programa de cooperação com Pequenas Cervejarias, envolvendo as áreas de distribuição e de produção, por meio de contratos específicos – Contrato de Produção e Contrato de Distribuição –, visando, em última análise, ao aumento da participação destas empresas e de suas marcas de cerveja no mercado nacional;

b) os contratos referidos na alínea a deverão ser oferecidos a pelo menos três Beneficiárias das existentes no mercado em 26 (vinte e seis) de março de 1998 (este número é considerado o mínimo necessário para dar significado às medidas propostas, já que estas se referem a empresas com participação de mercado igual ou menor que 1%, e, ao mesmo tempo, adequado para minimizar o ônus para as Requerentes);

c) as condições contratuais serão divulgadas em edital a ser publicado sob a responsabilidade das Requerentes, durante três dias consecutivos, em três jornais de grande circulação nacional;

d) do edital constará que as potenciais Beneficiárias poderão se manifestar sobre seu interesse, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da última publicação, ficando à disposição dos interessados as minutas dos contratos;

e) as minutas do edital e dos contratos, antes de sua divulgação, deverão ser submetidos à aprovação do CADE, em até 30 (trinta) dias contados da comunicação ao CADE da opção pelo segundo conjunto de condições (B);

f) no trigésimo-primeiro dia após a data da última publicação do edital, as Requerentes darão ciência ao Conselheiro-Relator sobre as manifestações recebidas;

g) caso se apresentem mais de três interessadas devidamente habilitadas, as Requerentes comunicarão o fato ao Conselheiro-Relator, que escolherá as Beneficiárias mediante sorteio em sessão pública a ser realizada no CADE, em data a ser definida pelo Relator, mediante convocação no prazo e forma legais,

h) caso não se apresentem interessados devidamente habilitados, o Conselheiro-Relator poderá promover consultas a potenciais Beneficiárias para verificar as razões da falta de interesse;

i) constatada qualquer irregularidade ou a existência de condição ou restrição não razoável nos contratos aqui previstos, o Conselheiro-Relator convocará as potenciais Beneficiárias para participar de audiência conjunta com as Requerentes, na qual será tentada uma aproximação entre as partes no sentido de atingir os objetivos do presente conjunto de condições;

j) não se apresentando interessadas e não constatados indícios de irregularidades nos procedimentos, o Conselheiro-Relator considerará preenchidos os requisitos deste conjunto de condições;

190. O Contrato de Distribuição visará à desobstrução do acesso ao sistema ou rede de distribuição da Brahma para os Produtos das Beneficiárias, observadas as condições mínimas a seguir estabelecidas:

i) existência de cláusulas contratuais que assegurem o pleno acesso dos Produtos das Beneficiárias ao sistema de distribuição utilizado pela Brahma (CCB), seja de propriedade desta ou não, em todo o território nacional;

ii) a existência de cláusulas contratuais que assegurem aos Produtos das Beneficiárias tratamento não discriminatório em relação aos produtos Brahma e Miller, principalmente no tocante às condições comerciais, como, por exemplo, prazos de pagamento, margens de comercialização, condições de entrega etc.;

iii) os contratos deverão durar no mínimo 5 (cinco) anos, ou enquanto existir qualquer tipo de associação entre as Requerentes, o que ocorrer primeiro, salvo em caso de rescisão voluntária e justificada pela Beneficiária, devidamente comunicada ao CADE.

191. O Contrato de Produção compreenderá a produção e/ou reprocessamento a partir do concentrado, e o envasamento da cerveja de marca das

Beneficiárias em instalações fabris das Requerentes, mediante reposição dos custos envolvidos, observadas as condições mínimas a seguir estabelecidas:

- a) as Beneficiárias somente serão consideradas habilitadas a contratar nesta modalidade se comprovarem ao CADE, de maneira inequívoca, que esgotaram sua capacidade nominal de produção de cerveja, podendo o CADE recorrer a auditoria independente para verificar a precisão de informações a esse respeito, correndo por conta da respectiva Beneficiária todos os eventuais ônus dessa verificação;
- b) os contratos de produção aqui referidos somente poderão ser firmados durante a vigência do Contrato de Distribuição (parágrafo 190, acima) e terão duração máxima de 18 meses, prazo considerado suficiente para que as Beneficiárias adequem sua capacidade de produção aos novos patamares de demanda por suas cervejas¹⁸;
- c) a capacidade de produção anual a ser oferecida pelas Requerentes ao conjunto das Beneficiárias será, no mínimo, equivalente ao volume total de produção de cervejas Miller para o mercado interno projetado para cada ano, de 1998 a 2000, conforme a projeção fornecida pelas Requerentes e constante do presente processo (fls. 2.124), e para o período de 2001 a 2003, conforme projeção a ser apresentada pelas Requerentes ao CADE, até trinta e um de dezembro de 2000; (a produção de Miller projetada para 1998 é de 370 mil hl); caso a capacidade reivindicada pelas Beneficiárias habilitadas supere a capacidade ofertada pela Brahma, o critério de rateio deverá refletir a proporção entre a capacidade nominal de produção de cada Beneficiária e a capacidade posta à disposição desses contratos pela Brahma;
- d) a capacidade anual referida na alínea c não poderá ser inferior ao volume de cervejas Miller efetivamente produzido nos doze meses anteriores à assinatura do contrato ou em cada termo de sua vigência, conforme demonstrado pelas Requerentes no relatório previsto no parágrafo 192, item v; eventuais compensações deverão ser realizadas no período imediatamente subsequente;
- e) os volumes a serem contratados, os custos a serem pagos pelas Beneficiárias e as condições do pagamento às Requerentes devem ser definidos em bases comercialmente razoáveis para as partes contratantes;

18 No voto condutor do acórdão, às fls. 1.549, mostrei que “há indicações claras tanto do BN-DES quanto de participantes desse mercado (fls. 1.329 e [1.526] no sentido de que o prazo de 18 (dezoito) meses é suficiente para a construção e entrada em funcionamento de unidade fabril [...]”.

f) os preços a serem pagos pelas Beneficiárias serão referentes exclusivamente à reposição de custos, não devendo incluir, portanto, qualquer componente ou parcela que não seja correspondente a custos operacionais e outros custos diretos, além da remuneração do capital correspondente aos equipamentos utilizados, calculados em bases razoáveis;

g) os preços serão livremente negociados entre as partes, observadas as condições estabelecidas nas alíneas b e c, servindo o CADE de mediador no caso de impasse nas negociações;

h) a determinação dos meses e dias de utilização das unidades fabris, levando-se em consideração a sazonalidade da produção tanto das Requerentes quanto das Beneficiárias;

i) a definição das unidades fabris que serão utilizadas pelas Beneficiárias, levando-se em consideração as respectivas localizações geográficas;

j) os parâmetros aqui definidos estão sujeitos a ajustes e adequações quando da negociação do termo de compromisso de desempenho, desde que devidamente justificado pelas Requerentes, preservados o espírito da decisão e os objetivos explicitados (conforme os parágrafos 190 e 191).

192. Outros compromissos a serem assumidos pelas Requerentes perante o CADE:

i) abster-se de entrar, direta ou indiretamente, em qualquer tipo de acordo com as Beneficiárias que exceda os limites do estritamente necessário para o cumprimento dos objetivos da presente decisão;

ii) abster-se de estabelecer com as Beneficiárias acordos relativos a preços e repartição de mercados;

iii) abster-se de adotar práticas de venda casada;

iv) abster-se de adquirir, sem a prévia aprovação do CADE, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, qualquer tipo de direito sobre as Beneficiárias, os Produtos das Beneficiárias ou sobre qualquer sociedade que venha a sucedê-las, principalmente no que se refere a controle acionário e licenciamento de marcas;

v) apresentar ao Conselheiro-Relator, no primeiro dia útil dos meses de janeiro e julho, relatório de acompanhamento de cada contrato previsto no segundo conjunto de condições (B), com as informações a serem especificadas em termo de compromisso de desempenho;

vi) implementar as condições denominadas “Terceira condição”, “Quarta condição” e Quinta condição” constantes da decisão deste Colegiado, publicada no D.O.U. nº 121, de 27.06.97, à Seção 1, página 13.471.

193. Vale ressaltar que o presente conjunto de condições busca definir e limitar, claramente a extensão dos ônus atribuídos às Requerentes, adequando-os, em ordem de magnitude, às restrições à concorrência trazidas pela operação. Em resumo, a cooperação que se visa estabelecer entre a Brahma e as Beneficiárias fica restrita aos seguintes limites:

⇒ no caso do Contrato de Distribuição:

- ⇒ prazo obrigatório restrito a CINCO anos;
- ⇒ número máximo de TRÊS Beneficiárias com participação no mercado menor ou igual a 1%;

⇒ no caso do Contrato de Produção:

- ⇒ a parte da capacidade de produção da Brahma a ser posta à disposição do conjunto das Beneficiárias equivale, no máximo, ao volume produzido de cervejas Miller;
- ⇒ somente poderão habilitar-se ao Contrato de Produção empresas que tenham, comprovadamente, esgotado sua capacidade de produção;
- ⇒ a duração máxima desses contratos é de 18 (dezoito) meses, iniciando dentro do prazo do Contrato de Distribuição;

XV - CONCLUSÃO

194. Conforme demonstrado, o presente voto enfatiza a aplicação de instrumentos de política da concorrência, preservando a forma escolhida pelas Requerentes para sua atuação estratégico-comercial, sem introduzir alteração na intensidade e no sentido dos investimentos por elas programados.

195. A introdução de medidas compensatórias sob a forma de condições de aprovação visa contrabalançar o aumento de poder de mercado proporcionado pela operação, principalmente para a Brahma, e atenuar as barreiras - reforçadas em decorrência da joint venture - ao crescimento das empresas que atuam periféricamente no mercado relevante.

196. Assim, conheço do Pedido de Reapreciação e decido aprovar o presente Ato de Concentração nº 58/95, em que são Requerentes COMPANHIA E CERVEJARIA BRAHMA - CCB, MILLER BREWING COMPANY - MBC

E MILLER BREWING M1855, INC., desde que as Requerentes se submetam a Compromisso de Desempenho, na forma do art. 58 da Lei nº 8.884/94, por meio do qual se comprometam a adotar um dos conjuntos de condições acima especificados (A ou B).

197. As Requerentes deverão comunicar ao Conselheiro-Relator, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da publicação do acórdão, sua opção por um dos conjuntos de condições - A ou B -, ou, ainda, a não aceitação de qualquer dos conjuntos.

198. Aceito um dos conjuntos de condições, A ou B, deverão as Requerentes, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da comunicação da aceitação, celebrar Compromisso de Desempenho com o CADE, na forma do art. 58 da Lei nº 8.884/94.

199. Não sendo aceito qualquer dos conjuntos de condições, de forma expressa, por meio de comunicação ao CADE, ou no caso de não manifestação das Requerentes, após o transcurso do prazo de 5 (cinco) dias, a contar da publicação do acórdão no Diário Oficial da União, deverão as Requerentes, no prazo de 30 (trinta) dias, após a referida publicação, apresentar ao CADE:

(i) prova de que foi inserida na Seção 2.1 (Escopo Territorial da Associação Internacional) do Acordo de Associação Internacional (fls. 618), uma seção adicional que exclua a República Federativa do Brasil do Escopo Territorial ali mencionado; e

(ii) prova da rescisão dos acordos e contratos celebrados com a finalidade de criar e operar a joint venture no Brasil.

200. O não cumprimento desta decisão pelas Requerentes implicará a desconstituição judicial da associação, na forma do Título VIII da Lei nº 8.884/94.

201. No tocante aos problemas relativos ao ICMS incidente sobre cervejas, mencionados por empresas entrevistadas, percebo fortes indícios de que a forma de proceder à cobrança e, sobretudo, de arbitrar a base de cálculo em alguns estados tem conseqüências negativas para a concorrência.

202. Há claras indicações de que as marcas produzidas por pequenas empresas são geralmente vendidas por preços mais baixos que as das grandes cervejarias, mas incorporam imposto calculado com base nos preços mais altos praticados por essas últimas. Tal política desestimula as empresas com menor participação de mercado ao tributá-las em proporção mais elevada do que as grandes empresas, sem considerar as diferenças dos preços médios praticados.

203. Essa manifesta regressividade, tem ocorrido por causa da necessidade de se arbitrar uma base de cálculo para a cobrança do ICMS no chamado regime de substituição tributária previsto na Constituição Federal (art, 150, § 7º) e na Lei Complementar nº 87/96. O fato é que, a meu ver, a forma de arbitramento dessa base de cálculo não tem observado estritamente o balizamento legal.

204. A consequência é que, na aplicação da Lei, parecem estar sendo afrontados vários dos princípios econômicos da tributação, principalmente o da neutralidade ou eficiência, segundo o qual o efeito da tributação deve aproximar-se o máximo possível da solução mais eficiente produzida pelo próprio mercado, se este funcionasse perfeitamente, ou seja, sem causar, alterações nos preços relativos. Mas, antes de ser causa, esta talvez seja uma consequência da desobediência a um outro princípio, o da equidade ou progressividade, cujos fundamentos são a isonomia e a capacidade contributiva ou, ainda, a utilidade marginal da renda, já que os procedimentos aqui criticados parecem conduzir a uma perda da capacidade de produção por parte das empresas menores, nos casos em que essas praticam preços mais baixos do que os das líderes.

205. Apesar da própria Constituição Federal assegurar, no seu art. 150, § 7º, “imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”, no caso da chamada substituição tributária para frente, os mecanismos legais que deveriam possibilitar a restituição, quando existentes, não funcionam a contento, nem evitam o impacto financeiro negativo representado pelo recolhimento antecipado que faz o fabricante em substituição ao varejista. Nos estados em que o regulamento admite restituição, esta é burocraticamente complicada e demorada. Em outros, como é o caso do Estado do Rio de Janeiro, a norma, sequer admite tal ajuste, “sendo vedada qualquer compensação na hipótese de venda por preço inferior ou superior”.¹⁹ Pior, segundo GRECO²⁰, no caso das cervejas que chegam ao mercado com preço maior em relação ao preço-base de cálculo, o fisco estadual não tem direito de cobrar a diferença do pagamento feito a menor, o que me parece um prêmio à ineficiência.

206. O que se nota é que a autoridade tributária parece estar sacrificando o atendimento aos princípios econômicos acima mencionados em nome da maior eficiência operacional da arrecadação, atendendo assim, tão-somente a um princípio administrativo da tributação, isto é, o da simplicidade ou praticabili-

19 Resolução SEF nº 2.910, de 26.02.98, do Secretário de Estado da Fazenda - D.O.E. RJ de 04.03.98, art. 3º.

20 Cf. GRECO, M. A. Substituição Tributária - ICMS. Edição IOB, 1998, p. 101/2.

dade da arrecadação, em detrimento dos princípios de justiça tributária e, conseqüentemente, da concorrência.

207. Quanto a essa matéria, da qual tive conhecimento nas audiências que realizei com Pequenas Cervejarias, proponho a este Egrégio Colegiado que solicite ao Secretário de Direito Econômico, na forma do art. 14, inciso XIII, da Lei nº 8.884/94, que instrua as autoridades tributárias competentes no sentido de levar na devida conta as questões concorrenciais na política de tributação, principalmente no que tange à forma de arbitramento da base de cálculo e de cobrança do ICMS, de sorte a não afetar a capacidade competitiva das empresas de menor porte.

208. Caso aprovada a presente proposta, encaminharei prontamente à SDE, como subsídio, estudo sucinto sobre a questão, bem como cópia de documentos relacionados ao assunto reunidos no transcorrer da instrução do presente processo.

É o voto.

Em 08 de abril de 1998.

RENAULT DE FREITAS CASTRO

CONSELHEIRO-RELATOR